AFU 3408

342
I91P
vol. 1

ELEMENTOS
DE
DERECHO POLÍTICO

POR EL

P. LUIS IZAGA, S. J.

Doctor en Derecho

Profesor de la asignatura en el Colegio de Estudios Superiores de Deusto

09/61-96

SEGUNDA EDICIÓN CORREGIDA

TOMO I

304282

BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - BARCELONA

NIHIL OBSTAT

Censor,

IULIANUS PEREDA, S. J.

Imprimi potest

CANDIDUS MAZÓN, S. J.

Praep. Prov. Cast. Occ.

Imprimatur

Barcinone, 16 novembris 1951

† GREGORIUS, Episcopus Barcinonensis

ES PROPIEDAD PRINTED IN SPAIN

Imprenta Clarasó; Villarroel, 17. — Barcelona. — 1952

A la cabeza de la primera edición de esta obra, hace tiempo agotada, colocamos la siguiente

ADVERTENCIA

A este pequeño volumen que, en dos libros, trata de la naturaleza y de los fines del Estado, seguirán, Dios mediante, en breve plazo, otros dos. El primero se ocupará de las funciones del Estado, y el segundo de la estructura del Estado o formas de gobierno y de los derechos individuales. Ni este que ahora sale ni los que más tarde verán la luz pública, tienen otra pretensión que la muy modesta de servir de guía a los que desean iniciarse en esta clase de estudios, y en especial a los escolares universitarios. Dios quiera que consigan su objeto, para gloria suya y bien de la sociedad.

Esta misma advertencia *queremos que conste al principio de esta segunda edición corregida. Añadiremos tan sólo:*

1) Que aparecerá en dos volúmenes, el primero de los cuales abarcará toda la materia contenida en los dos primeros de la edición agotada; y

2) Que, acomodándonos a la índole elemental y de iniciación del libro, hemos de ser parcos en la Bibliografía, evitando hacer ostentación de ofrecer como un muestrario de las lecturas del autor, con la fácil y embarazosa acumulación de citas. Escogeremos, tan sólo, aquellos autores que más al alcance pueden estar del lector culto y en los que ha de encontrar cuantas citas bibliográficas pudiera desear.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN . . . . . Páginas 1 a 14

CAPÍTULO PRELIMINAR

Concepto de Derecho Político

1. Noción de Derecho. — 2. El Derecho público y el Derecho privado: sentido obvio de la clasificación de Ulpiano: reparos que se le oponen. — 3. El Derecho político es derecho público: su objeto es el Estado. — 4. Desintegración en varias ramas de la ciencia del Estado. — 5. Diversas clasificaciones: Holtzendorf, Orban. — 6. Concepto y contenido actual del Derecho político. — 7. La denominación de Derecho constitucional. — 8. Diversos aspectos en que puede estudiarse el Derecho político. — 9. La política como arte. — 10. Otras ciencias jurídicas que se refieren al Estado: Su objeto y denominación. — 11. Relaciones con otras ciencias. — 12 Las fuentes del Derecho político . . . . . Páginas 15 a 38

LIBRO PRIMERO

El Estado: su origen, sus elementos, su naturaleza

CAPÍTULO PRIMERO

1. El hecho natural de la sociedad humana. Cómo lo razona Francisco de Vitoria. — 2. Deducción fundamental: doble carácter, individual y social, de la persona humana y consecuencias jurídicas. — 3. Concepto de sociedad y breve análisis de sus elementos. — 4. Aberraciones de Hobbes y Rousseau sobre este punto. — 5. Clasificaciones diversas de la sociedad. — 6. Descripción de la sociedad política o Estado. — 7. La idea de Estado y otros conceptos afines . . . . . Páginas 39 a 56

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Origen de la sociedad política. — 2. El origen inmediato fundamental sólo puede ser el consentimiento tácito o expreso de los miembros de la

sociedad. — 3. Algunas hipótesis históricas: Fustel de Coulanges, Post. 4. Opinión de Vareilles-Sommières sobre el origen de la sociedad política. 5. Errores de Rousseau y Kant, sobre este punto. — 6. Ligera indicación de otras teorías: teoría orgánica, teoría de la fuerza, teoría de Kelsen, de Haller . . . . . Páginas 57 a 68

CAPÍTULO TERCERO

1. La población en la sociedad política: Vínculo que une a los que la forman. — 2. Naturaleza orgánica de la población en cuanto es elemento material del Estado. — 3. La ley natural y la ley de libertad base de los organismos de que se compone la población. — 4. Nuevas tendencias y fórmulas de agrupación social. — 5. La población nacional: Principios. — 6. Legislación española. — 7. Situación jurídica del nacional. — 8. Pérdida y recuperación del carácter de nacional. — 9. Población extranjera. Su situación jurídica. — 10. Nacionalidad de las personas colectivas. Páginas 69 a 94

CAPÍTULO CUARTO

1. El territorio. Su necesidad para la vida del Estado. Pero no es elemento esencial. — 2. Territorio nacional. Territorio terrestre y marítimo. — 3. Territorio aéreo: Opiniones. — 4. Derecho aéreo positivo, R. D. de 15 de noviembre de 1919. — 5. Relaciones del Estado con el territorio. Teorías del territorio objeto, territorio límite, territorio sujeto. — 6. Nuestra opinión. — 7. Influencia del territorio en la estructura y vida del Estado. Errores y exageraciones. La Geopolítica. — 8. Juicio crítico. Páginas 95 a 118

CAPÍTULO QUINTO

Exposición doctrinal

1. La autoridad. Su necesidad en toda sociedad política. — 2. Sus caracteres. — 3. Procedencia divina de la soberanía. — 4. Por su carácter y por su función esencial está sobre la voluntad de los hombres. — 5. Sujeto primario de esa soberanía. — 6. ¿Ha de ejercerla la misma sociedad? — 7. Permanencia habitual de la soberanía. Equívocos e incomprensiones. Páginas 119 a 137

CAPÍTULO SEXTO

1. Otros puntos de vista sobre el origen y sujeto de la soberanía. — 2. Teorías religioso-paganas. — 3. Teorías de: *a)* Derecho divino-positivo, *b)* Derecho divino-providencial, y *c)* Derecho divino-patriarcal. Juicio crítico. — 4. Teoría de los hechos asociantes. — 5. Teoría de Vereilles-Sommières. — 6. La soberanía según Rousseau: Origen, sujeto, caracteres. La soberanía nacional. — 7. Crítica de la teoría de Rousseau. — 8. La soberanía fundada en la conciencia colectiva del pueblo: crítica. —

9. La teoría de la fuerza. — 10. La autoridad política según la teoría orgánica de la Sociedad: Indicación. . . . . Páginas 138 a 160

CAPÍTULO SÉPTIMO

1. Lo que es el Estado. Denominación y elementos del Estado. — 2. El Estado no es una mera ficción de la mente: Presenta los caracteres de un organismo o persona moral. — 3. Tendencia moderna hacia la organización corporativa. — 4. La soberanía es nota esencial de la autoridad del Estado. — 5. Referencia al territorio. — 6. Teorías erróneas: El Estado doctrinal. — 7. Teoría orgánica. — 8. Teoría del Estado hecho. — 9. ¿El Estado es el soberano? — 10. El Estado según H. Kelsen.
Páginas 161 a 181

LIBRO SEGUNDO

De los fines del Estado

CAPÍTULO PRIMERO

Exposición doctrinal

1. El Estado tiene algún fin. Indicaciones históricas sobre los fines del Estado. — 2. Verdadero punto de vista del problema. — 3. Determinación del fin del Estado: El fin del Estado está circunscrito a la esfera natural y terrena de la vida presente. — 4. La moral y el Maquiavelismo. — 5. Consiste en procurar el bienestar natural de la sociedad y de los miembros que la componen: *a)* Por medio del reinado de la paz y de la justicia; *b)* El fomento de la prosperidad pública. — 6. El fomento de la prosperidad pública no tiene sólo carácter histórico. — 7. Equivocadas ideas sobre el bienestar o prosperidad pública: El bienestar particular de cada ciudadano, la del Estado poder, la felicidad material o del placer al modo de Bentham. — 8. Conclusión . . . . . Páginas 183 a 204

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Doctrinas individualistas. Principio de la no intervención del Estado. Fin estrictamente jurídico del Estado. Últimas manifestaciones del Individualismo. — 2. Influencia de Kant. Juicio crítico. — 3. El orden jurídico como fin del Estado: Krause, Arhens, Santa María de Paredes. — 4. Del individualismo al endiosamiento del Estado. — 5. La moralidad, fin del Estado . . . . . Páginas 205 a 216

CAPÍTULO TERCERO

1. Las doctrinas socialistas. Indicaciones históricas. — 2. Origen del socialismo moderno. — 3. Los fines del Estado según la escuela socialista:

Marx y Menger. Variedad de matices. — 4. Socialismo de cátedra: Wagner y Robbertus. — 5. Crítica de la teoría socialista respecto de los fines del Estado. — 6. Últimas manifestaciones del marxismo.
Páginas 217 a 230

CAPÍTULO CUARTO

1. Estado totalitario: Indecisión del concepto. — 2. Filosofía del comunismo soviético. — 3. Fin del Estado: El totalitarismo. — 4. La filosofía del fascismo italiano. — 5. Fines del Estado: Totalitarismo. Observaciones. — 6. La filosofía del tercer Reich. El racismo. — 7. El totalitarismo del Estado nazi. — Principios del nuevo Estado portugués.
Páginas 231 a 249

CAPÍTULO QUINTO

1. Teorías particulares. Teoría de Holtzendorf sobre los fines del Estado: *a)* El fin de potencia nacional; *b)* El fin jurídico de la libertad individual; *c)* El fin de cultura social. — 2. Juicio crítico. — 3. El poder del Estado como fin del mismo, E. Von Treischkle. — 4. El máximum y el mínimum de la actividad del Estado. La Justicia, la guerra, la economía, Estado de cultura. — 5. Juicio crítico de la teoría . . Páginas 250 a 264

LIBRO TERCERO

Funciones del Estado

SECCIÓN PRIMERA

La representación

CAPÍTULO PRIMERO

1. Las diversas funciones de la soberanía. — 2. Notas históricas: Aristóteles... — 3. El despliegue de la actividad del Estado. — 4. La actividad o función constituyente. — 5. ¿Existe el Poder moderador, el electoral, la opinión pública? — 6. La intervención de Montesquieu; la división de Poderes. Crítica de la división de Poderes: *a)* Los autores; *b)* Las Constituciones . . . . . Páginas 265 a 286

CAPÍTULO SEGUNDO

1. La representación: Noción y acepciones. — 2. La representación en el régimen antiguo: *a)* Base social de la representación y modos de designación; *b)* Relación entre los representantes y representados; *c)* Los representantes y el titular de la soberanía. — 3. La representación en el

régimen liberal moderno. Su fundamentación racional: *a*) Opinión de Rousseau; *b*) Teoría del mandato nacional; *c*) Teoría jurídica orgánica. 4. El pueblo aclamante de C. Schmitt. — 5. La representación como Institución política . . . . . Páginas 287 a 302

CAPÍTULO TERCERO

La representación orgánica contemporánea

1. El movimiento corporativista contemporáneo. — 2. Su repercusión en la vida política. Diversas direcciones del movimiento. — 3. Oposición a la representación corporativa. Primeras parciales manifestaciones positivas. 4. La base social de la representación portuguesa. Organización social. Intervención en la formación de los órganos políticos. — 5. Representación corporativa italiana. Cuadros de su organización social. El Partido. 6. Reflejo en la representación política. — 7. La organización social en la Alemania nacional-socialista y la Rusia comunista y la representación política. — 8. España: Referencia . . . . . Páginas 303 a 323

CAPÍTULO CUARTO

1. Formas de obtener la representación: Influencia de los sistemas sociales y políticos. — 2. El sufragio: Noción y naturaleza jurídica. — 3. El sufragio derecho. — 4. El sufragio función. — 5. El sufragio deber. — 6. El derecho electoral, ¿es un poder? — 7. Clases de sufragio: Universal y restringido, múltiple y plural, familiar, directo e indirecto, público y secreto. — 8. Capacidad electoral: Ciudadanía y edad. Censo y cultura. — 9. Exclusiones por indignidad e incompatibilidad . . Páginas 324 a 342

CAPÍTULO QUINTO

1. El censo electoral. Su formación. — 2. Las candidaturas. Su presentación. — 3. Mesas electorales. Procedimientos para su formación. — 4. El voto. Garantías para su libre emisión. — 5. Escrutinio. Variedad de procedimientos. Sanción penal . . . . . Páginas 343 a 352

CAPÍTULO SEXTO

1. Sufragio universal: Noción. — 2. Su difusión en las legislaciones modernas. — 3. Sus fundamentos. Crítica. — 4. El sufragio femenino. Notas históricas. — 5. Crítica. Errores y exageraciones. — 6. Adversarios del voto femenino. — 7. Sus defensores. — 8. El voto corporativo: noción y fundamento. — 9. Tanteos y propuestas: Portugal, Italia. — 10. Crítica. Páginas 353 a 378

CAPÍTULO SÉPTIMO

Organización del sufragio

1. Nociones y terminología. — 2. Régimen de las mayorías. Crítica. — 3. Sistema proporcional: Noción. — 4. Nota histórica. — 5. Adversarios y defensores. — 6. Procedimientos para obtener la representación proporcional. — 7. Sistemas Andrae-Hare y D'Hont. — 8. Aprovechamiento de residuos. Libertad del elector. — 9. Sistemas intermedios: voto restringido, voto acumulado. Primas a la mayoría . . . . . Páginas 379 a 395

SECCIÓN SEGUNDA

La función legislativa

CAPÍTULO PRIMERO

1. La función legislativa es esencial a la soberanía. — 2. Su preeminencia en relación con las demás funciones soberanas. — 3. La ley; nociones previas. — 4. Definición de la ley. Sus condiciones esenciales. — 5. Error de algunos juristas modernos. — 6. La ley en sentido formal y en sentido material. — 7. El recto ejercicio de la función legislativa: Condiciones indispensables. Conocimiento previo. Deliberación. — 8. Cuadro esquemático de los diversos tipos de organización legislativa . Páginas 396 a 413

CAPÍTULO SEGUNDO

1. El Jefe del Estado órgano del poder legislativo: Monarquía pura. — 2. El órgano legislativo formado por los ciudadanos todos del Estado: Democracia directa. — 3. Las Asambleas representativas como órganos legislativos. — 4. El referéndum: Sus clases y fundamento. El veto. — 5. Las Cámaras representativas y el Rey, conjuntamente, como órganos del poder legislativo. La sanción real: Su alcance. — 6. Promulgación y publicación de la Ley . . . . . Páginas 414 a 429

CAPÍTULO TERCERO

1. Las cámaras representativas como órganos legislativos. — 2. El bicameralismo: Origen y desarrollo del problema. — 3. Diversas estructuras que ostentan las Cámaras Altas. — 4. Doble fenómeno en la historia de las Cámaras Altas: Democratización y pérdida de prestigio y de atribuciones. — 5. Fundamentos de la dualidad de las Cámaras. La Cámara Baja: Su composición y predominio . . . . . Páginas 430 a 447

CAPÍTULO CUARTO

1. Atribuciones de las Cámaras. Facultad legislativa. — 2. Atribuciones económicas. El presupuesto. — 3. Condiciones del presupuesto: *a)* Anualidad; *b)* Ley en sentido formal. — Procedimiento financiero: Presentación y discusión del presupuesto. — 5. Preeminencia financiera de la Cámara Baja. — 6. Limitaciones a las atribuciones económicas del Parlamento. — 7. Función fiscalizadora: Medios de llevarla a cabo. — 8. Funciones judiciales del Senado. — 9. Otras atribuciones del Parlamento.
Páginas 448 a 467

CAPÍTULO QUINTO

1. Convocatoria de las Cortes. — 2. Suspensión y clausura de sesiones. — 3. Disolución de las Cortes. — 4. Organización del Parlamento: *a)* Legalización de poderes; *b)* La Mesa de las Cámaras; *c)* Secciones y Comisiones. — 5. Procedimiento parlamentario: Iniciativa. — Discusión: Diversos métodos. — 7. Independencia y publicidad de los debates. — 8. Votación: Modo de llevarla a cabo. — 9. La guillotina. El *quorum*. — 10. Relaciones entre las Cámaras en el sistema bicameral. Desacuerdos: Medios para solucionarlos . . . . . Páginas 468 a 493

CAPÍTULO SEXTO

1. Los miembros de las Cámaras. — 2. Incompatibilidad: Su fundamento. 3. Aplicaciones positivas. — 4. Indemnizaciones: Razones en pro y en contra. Legislaciones positivas. — 5. Prerrogativas parlamentarias: Su origen y fundamento. — 6. Inviolabilidad. Su fundamento y alcance. — 7. Inmunidad. En qué se funda: Alcance . . . . . Páginas 494 a 509

CAPÍTULO SÉPTIMO

La función legislativa en España

1. Las Cortes. Indicación histórica: En el antiguo régimen; en el régimen constitucional. — 2. La ley de la creación de las Cortes de 17 de julio de 1942, modificada por la de 9 de marzo de 1946. — 3. Carácter de las nuevas Cortes. — 4. Los Procuradores. Condiciones para ser elegidos o designados. Incompatibilidades. — 5. Convocatoria de las Cortes. Verificación de poderes. — 6. Prerrogativas de los Procuradores. Inviolabilidad. Inmunidad. Retribución de los Procuradores. — 7. Deberes de los Procuradores . . . . . Páginas 510 a 528

CAPÍTULO OCTAVO

La función legislativa en España *(continuación)*

1. Procedimiento de las Cortes. *La Mesa.* Su designación y facultades. — 2. Estructura interna de las Cortes. Las Comisiones. — 3. Iniciativa de las

Leyes: A quiénes corresponde. — 4. Estudio y discusión de la ley. — 5. El Pleno de las Cortes. — Sanción del Jefe del Estado. — 7. Procedimiento económico. — 8. Función fiscalizadora . . . . . Páginas 529 a 538

SECCIÓN TERCERA

La función ejecutiva

CAPÍTULO PRIMERO

1. La función ejecutiva: diversidad de opiniones sobre su naturaleza y contenido. *a)* El ejecutor de las leyes; *b)* La voluntad del Estado creando situaciones subjetivas; *c)* El poder administrativo; *d)* El poder entero del Estado del que se han desgajado el legislativo y el judicial. — 2. Algunos reparos a esta última posición. — 3. Funciones que ejerce. — 4. La distinción de las funciones gubernativas y administrativas. — 5. Régimen administrativo y régimen no administrativo . . . Páginas 539 a 553

CAPÍTULO SEGUNDO

1. Organización del poder ejecutivo. — 2. El Jefe Supremo: Su unidad o pluralidad. — 3. Su designación. Duración del mandato. — 4. Responsabilidad del Jefe del Estado: Monárquico, republicano. — 5. El Ministerio: Su fundamento y carácter. — 6. Origen y evolución histórica del Ministerio. — 7. Número de Ministros. Sus atribuciones. — 8. Responsabilidad ministerial: Sus clases. Indicación histórica: *a)* Responsabilidad política: Ante las Cámaras, ante el Rey; *b)* Responsabilidad penal. El axioma *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege; c)* Responsabilidad civil. — 9. Cuerpo de funcionarios administrativos: Sus clases. — 10. Responsabilidades de los funcionarios: Disciplinaria, penal, civil.
Páginas 554 a 589

CAPÍTULO TERCERO

La función gubernativa en España

1. La Ley española de sucesión (6 de julio de 1947). Su importancia y contenido. — 2. El Consejo de Regencia y el Consejo del Reino. — 3. Designación del sucesor. Propuesta y aceptación. — 4. Condiciones exigidas al que, como Rey o Regente, ha de ocupar la Jefatura del Estado. — 5. Instaurada la Monarquía, orden de sucesión. — 6. Nuevas limitaciones a las atribuciones del Jefe del Estado. — 7. Caracteres esenciales y leyes fundamentales del Estado español. — 8. El Jefe del Estado y el Ministerio. 9. El Ministerio constitucional español: Nota histórica. — 10. Organización actual del Ministerio. — 11. Posición jurídica y responsabilidad de los Ministros. — 12. La función gubernativa en los organismos locales. División territorial. — 13. Ley de Bases de 17 de julio de 1945
Páginas 590 a 613

SECCIÓN CUARTA

Función judicial

CAPÍTULO PRIMERO

1. El Poder judicial: Su concepto. — 2. Fórmulas equivocadas sobre la naturaleza y objeto de la función judicial. — 3. Autonomía de la función judicial. — 4. Su competencia. — 5. ¿Pueden los órganos judiciales declarar nulas, por insconstitucionales, las leyes dictadas por el órgano legislativo? — 6. La unidad de la función judicial y jurisdicciones especiales: *a)* Jurisdicción eclesiástica; *b)* Jurisdicción militar; *c)* Magistratura del trabajo; *d)* Tribunales de niños; *e)* Jurisdicción contencioso-administrativa; *f)* Tribunales constitucionales. — 7. La Justicia se administra en nombre del Rey. — 8. El derecho de gracia . . . . Páginas 614 a 642

CAPÍTULO SEGUNDO

Organización del poder judicial

1. Multiplicidad y mutua coordinación de los órganos judiciales. — 2. Los Jueces: Cualidades de que deben estar adornados. — 3. Sistemas de designación: *a)* Venalidad de los cargos; *b)* La elección; *c)* Nombramiento del Ejecutivo. — 4. Inamovilidad judicial. — 5. Retribución de los Jueces. — 6. Responsabilidad de los Jueces. — 7. Garantías de procedimiento. — 8. El Jurado: Noción y origen histórico. La revolución francesa. — 9. Caracteres del Jurado moderno y sus fundamentos. — 10. Juicio crítico. Páginas 643 a 662

CAPÍTULO TERCERO

La función judicial en España

1. Principios generales. — 2. Unidad de jurisdicción. Instituciones especiales: *a)* Jurisdicción militar; *b)* Jurisdicción eclesiástica; *c)* Magistratura del trabajo; *d)* Jurisdicción contencioso-administrativa; *e)* Tribunal de menores. — 3. La misión de la función jurisdiccional. — 4. Organización de los Tribunales. — 5. Tribunales arbitrales. — 6. Ministerio fiscal. Abogados y Procuradores. — 7. Los miembros del Cuerpo judicial. Ingreso en el cuerpo y garantías. — 8. Responsabilidad de los Jueces. Páginas 663 a 682

INTRODUCCIÓN

Al preparar la segunda edición de esta obra, se encuentra la pluma ante nuevos sucesos públicos de gran trascendencia; ante una crisis que ha perturbado la paz de grandes naciones europeas: la crisis de la democracia y del parlamentarismo, que transformó la estructura política y social de extensas zonas, y ha preparado, finalmente, o ha dado pretexto, a la gran explosión de una nueva guerra mundial, que, entre otros títulos, ha recibido el de lucha entre las democracias y las antidemocracias.

Las sacudidas de esa crisis política llegaron también a España, la han perturbado hondamente y han cambiado la faz y estructura política de nuestro país. Estas perturbaciones, por lo que se refiere a España, requieren una previa y ligera exposición.

La normalidad constitucional del 76, llamémosla así, quedó rota con una dictadura militar, que duró desde setiembre de 1923 hasta enero de 1930.

El 27 de ese mes de enero, su Majestad el Rey Alfonso XIII, aceptando la dimisión del General Primo de Rivera, decidió devolver la gobernación del país a los cauces constitucionales señalados en el documento fundamental de 1876. Y encargó la formación de un Gobierno al General Berenguer, quien fué sustituído, a los pocos meses, en la presidencia del Gobierno, por el Almirante Aznar. Persistiendo éste en el propósito de volver a la normalidad constitucional, convocó a elecciones municipales que tuvieron lugar el 12 de abril (1931).

El voto popular dió a los monárquicos 22.150 concejales y a los republicanos 5.875.[1] Sin embargo, la victoria republicana fué manifiesta y aplastante en casi todas las capitales de pro-

---

1 Tomamos estas cifras del folleto *La legalidad en la República española* publicado por la Oficina Informativa española (Madrid, 1948), pp. 26 y 27. Están sacados de la "nota oficial con el resultado de las elecciones".

vincia y pueblos mayores. Fueron los municipios rurales los que dieron el triunfo total y de conjunto a los monárquicos. Esta circunstancia fué aprovechada rápida y hábilmente por los directores de la coalición republicano-socialista, muy reforzada por importantes elementos monárquicos que, por diferentes causas, habían desertado de sus antiguos ideales políticos. La agitación pública que el resultado de las elecciones produjo en los elementos populares, agitación fomentada por la mayoría de la gran prensa de la capital, acrecentada por el demasiado patente desconcierto gubernamental, empujó a la calle, en algarada tumultuaria, a una muchedumbre que se desplegó con absoluta impunidad por las vías más importantes de Madrid, ante la resignada impotencia del Gobierno y la actitud pasiva y expectante de la policía y de las fuerzas armadas.

Y esa algarada tumultuaria iba exigiendo, con amenazas públicas y ruidosas y premuras impacientes, nada menos que el cambio inmediato del régimen político.

Mientras tanto, el Conde de Romanones, por expresa voluntad del Rey, gestionaba con el Sr. Alcalá Zamora, que aparecía como Presidente del Gobierno provisional que ya actuaba medio-clandestinamente preparándose para sustituir al del Rey, la forma de la transmisión de poderes.

Alcalá Zamora exigió que S. Majestad abandonara sus prerrogativas y saliera camino del destierro antes de la caída del sol de aquel mismo día, 14 de abril. En efecto, aquella tarde y antes de que se pusiera el sol, salió el Rey, por la Casa de Campo, camino de Cartagena. Allí le esperaba un barco de guerra español que le condujo al puerto francés de Marsella.

D. Alfonso, antes de su partida, dejó al país un *Manifiesto* en el que, "convencido de que las elecciones celebradas dos días antes le revelaban claramente que ya entonces no tenía el amor de su pueblo; resuelto a no dar lugar a una guerra civil fratricida y esperando conocer la auténtica y adecuada expresión de la conciencia colectiva y mientras hablaba la nación, suspendía deliberadamente el ejercicio del *Poder* real y se apartaba de España, *reconociéndola así como única Señora de sus destinos*".

No esperaron los vencidos de las elecciones municipales, pero dueños de las calles de Madrid, a que España, única Señora de sus destinos, eligiera el camino que más le pluguiese. Mientras D. Alfonso salía para Cartagena, el llamado Gobierno

provisional, con Alcalá Zamora al frente, tomaba posesión del Ministerio de la Gobernación y, desde sus balcones, instauraba y proclamaba la *república*.

El nuevo Gobierno republicano convocó Cortes constituyentes que elaboraron una nueva Constitución, promulgada el 9 de diciembre de 1931.

El 18 de julio de 1936 se desató un Alzamiento nacional y, tras una guerra victoriosa de casi tres años, derrocó el régimen republicano-comunista, a quien acusaba de ilegítimo en su origen y tiránico en sus procedimientos de gobierno.

¿Era verdad lo que se achacaba a aquel régimen instaurado en medio de la embriaguez de la muchedumbre arremolinada, la tarde del 14 de abril, en la Puerta del Sol: la ilegitimidad de su origen y la tiranía de su gobierno, de sus procedimientos gubernamentales?

Cierto que, en aquellas elecciones *municipales*, fué ampliamente derrotada la coalición republicano socialista (antimonárquica) en el conjunto nacional; si bien salió triunfante en las capitales de provincia y no pocos pueblos de mayor población. Sin embargo, a esta circunstancia, a este antagonismo concedió tanto valor S. M. el Rey (y sus Consejeros), que juzgó y proclamó en su Manifiesto que, a la luz de aquellas elecciones, había comprendido haber perdido el amor de su pueblo;

cierto que expresó reiteradamente su voluntad de que por él, por la defensa de sus derechos, no se derramase una sola gota de sangre;

cierto que, abandonando sus regias prerrogativas y el país, se apartó de España, *reconociéndola así como única Señora de sus destinos.*[1]

Pues bien; las elecciones del 12 de abril administrativas, como municipales que eran, y contrarias, en buena técnica democrática, al signo republicano, no poseían virtud jurídica ninguna para provocar un cambio de régimen político. El Manifiesto del Rey, por el que abandonaba sus regias prerrogativas, fué arrancado por la violencia brutal de una muchedumbre embriagada, que rugía y golpeaba ferozmente las puertas del Pa-

---

1 DUQUE DE MAURA y MELCHOR FERNÁNDEZ ALMAGRO: *Por qué cayó Alfonso XIII.* Ediciones Ambos Mundos. Madrid, 1948; DÁMASO BERENGUER: *De la Dictadura a la República.* Edic. Plus Ultra. Madrid, 1946; EL CONDE DE ROMANONES: *Obras Completas,* t. III, pp. 425 y ss.

lacio; y D. Alfonso no resignó sus poderes en manos de aquella turbulencia amotinada, ni de sus directores; *dejó a España dueña de sus destinos.*

Aquella multitud de la capital del Reino, agolpada ante el Palacio real, no representaba a España, que horas antes había dado su voto en contra. Y aquella instauración de la república desde los balcones de Gobernación era un golpe de Estado, un asalto al poder a mano armada y jurídicamente nulo. El nuevo régimen se había instalado ilegítimamente.

Esa ilegitimidad de origen se acentuó aún más por la tiranía de sus procedimientos.

El espíritu despótico que animaba al nuevo régimen comenzó a manifestarse bien pronto, y muy esplendorosamente, a los ojos de todo el mundo en las jornadas incendiarias madrileñas (que se repitieron en varias capitales de provincia) del 11 de mayo, que ante la complicidad o impotencia de los nuevos gobernantes y la obligada pasividad de la fuerza pública, destruyeron templos, colegios y edificios religiosos, obras de arte, con despojos y riesgos personales inmensos.

Pero el primer acto oficial de despotismo del nuevo régimen, como tal régimen, fué la violación unilateral, y sin previo aviso, del Concordato vigente con la Santa Sede; sencillamente, la nueva república desconoció el Concordato y prescindió de él.

Ello implicaba, no sólo el olvido de las reglas más elementales del derecho internacional, sino la violación de los derechos más sagrados de la nación, de los ciudadanos españoles, que dependían de la observancia de ese documento. Nada se hizo para reparar la injuria y los daños.

El segundo gran atropello de la conciencia y de los derechos de los españoles fué la misma Constitución de la República española, promulgada el 9 de diciembre de 1931. No es el poder constituyente un poder arbitrario de disponer, al antojo gubernamental o mayoritario, de las personas y bienes de los ciudadanos; es un poder regulador de las relaciones sociales dentro de los principios de la justicia, del respeto de los derechos personales y con la mira puesta en el bien común.

La Constitución, al violar los más sagrados, no fué reguladora de derechos, sino persecutoria de la Iglesia, de sus personas, instituciones y bienes; proclamó la extinción en plazo brevísimo, del presupuesto del clero; la expulsión y despojo de determinada Or-

den religiosa, por motivos ridículos; la sumisión de las otras, con mutilación de sus derechos más elementales, a medidas draconianas en su vida y en sus bienes.

La vida familiar española, la vida de matrimonio, tradicional y profundamente fundada sobre principios cristianos, apareció de golpe desarticulada oficialmente con una regulación disociadora, antinatural, antirreligiosa y antinacional. (Art. 43.)

Varios preceptos constitucionales herían vivamente la conciencia política de una gran mayoría de los ciudadanos españoles, abriendo el camino legal a disgregaciones nacionales y a designios socialistas y comunistas.

Fuera del ámbito de la letra constitucional, y aun contra los principios formulados en ella, en la vida real, carecían del amparo y debida protección de los poderes públicos, los derechos fundamentalmente humanos: la seguridad personal[1] y el disfrute pacífico de honras y haciendas...

Se proclamaba públicamente, desde las alturas del poder, la *trituración* de instituciones, tan necesarias para la vida y decoro nacional, *como el ejército.*

La sociedad española iba cayendo irremisiblemente en una situación de zozobra y angustiosa inseguridad, abocada a un derrumbamiento y a la pérdida de sus más altos valores morales y materiales que había creado su secular civilización cristiana, para hundirse en la sima del comunismo que, poco a poco, iba imponiéndose en las esferas superiores del mando político.

Ninguno de esos atropellos y despojos, de que estaba siendo víctima la sociedad española, tenía relación intrínseca con el régimen político, republicano o monárquico.

Más aún: los españoles, precisamente, las instituciones españolas más atacadas, la Iglesia española, llevó hasta el extremo las manifestaciones de adhesión al régimen republicano constituído. Documentos de la Santa Sede y episcopales lo proclamaron desde el principio; fuerzas ciudadanas, políticamente organizadas, se encuadraron dentro del régimen republicano, y, dentro de la más estricta legalidad democrática, publicaron sus programas, ocuparon cargos públicos, en una palabra, colaboraron lealmente con el régimen.

Todo inútil. No sólo no se contuvo el ritmo despótico guber-

1 El Jefe de la minoría monárquica, Calvo Sotelo, fué asesinado por agentes del Gobierno.

namental, sino que a todas esas adhesiones, a todo trabajo legal para remediar tropelías y llevar a las alturas del mando ideales de orden, de paz, de respeto al derecho, de progreso pacífico, se opusieron *violenta y oficialmente* obstáculos insuperables.

De esa actitud de violencia fueron testimonio, entre tantos otros, la subversión armada de 1934 (principalmente en Asturias y Cataluña), y las mil artimañas electorales que falseaban deliberadamente la expresión de la voluntad nacional; como p. ej. el escamoteo y falsificación de las actas de Cáceres, Cuenca, Granada, en las elecciones de 1936.[1]

Se le cerraban así a la nación todos los caminos legales y se la obligaba a recurrir al único que, para estos trances extraordinarios, el derecho natural de defensa concede a toda comunidad atropellada, a toda nación o país: el recurso de la fuerza consagrada por el derecho.

Cuando una sociedad encomienda a sus gobernantes la dirección de los asuntos públicos para el bien común de los gobernados, lo hace, siempre, bajo condición de que los gobernantes no se han de desviar deliberada e incorregiblemente de su misión de gobierno, y no han de degenerar en tiranía manifiesta. Ocurrido el caso, puede entrar en juego el derecho de toda comunidad humana, de toda nación, de defenderse y, si para ello fuera preciso, derribar con las armas a los gobernantes y someterlos a juicio.

En las circunstancias del Alzamiento nacional de 1936, se cumplieron plenamente las condiciones que los cánones jurídicos exigen para el ejercicio de ese derecho nacional. Aparecían claramente ante los ojos serenos de la justicia: la ilegitimidad originaria de la segunda república y su ulterior actuación despótica; la oposición violenta y fraudulenta a los procedimientos legales para el enderezamiento de esa política y la recuperación jurídica del país; la probabilidad del éxito de la empresa del Alzamiento por los elementos materiales y morales y de opinión que la secundaban, y confirmada, desde el principio, por la realidad de los hechos.[2]

---

1 Para ampliación de este punto puede consultarse: *El refrendo popular de la Ley española de Sucesión*, cap. V. Las elecciones españolas de 1931, 1933 y 1936. Oficina Informativa española. Madrid, 1948; *Historia de la Cruzada*, vols. I y II. Ediciones españolas, S. A Madrid.

2 La exposición desarrollada de la doctrina teológico-jurídica que, desde Sto. Tomás, han venido sosteniendo Doctores católicos eminentes y

Aun prescindiendo de la teoría clásica sobre el origen, sujeto y condiciones del poder soberano, la honestidad jurídica del Alzamiento nacional aparece clara a la luz de otra teoría, opuesta en algunos puntos a la clásica, que algunos autores ortodoxos de calidad sostienen, como Taparelli, Meyer, Sánchez de Toca, etc. He aquí cómo la expone uno de sus patrocinadores, D. Enrique Gil y Robles, en su "Tratado de Derecho Político".

Conviene el Sr. Gil y Robles con los autores de la teoría clásica en la procedencia divina remota del poder civil; conviene en el derecho de la sociedad a defenderse, en último caso, por las armas, contra la tiranía o de usurpación o de los procedimientos gubernamentales. Discrepa de la teoría clásica en señalar el sujeto en el que, originariamente, radica la autoridad.

Supuesto el origen divino del poder soberano, el sujeto en el que encarna no es la sociedad misma, sino la *superioridad*. Es decir, la soberanía es derecho adventicio de la persona superior, de la persona que ostenta aquellas cualidades de entendimiento y voluntad, de ésta principalmente, que la hacen, de hecho, apta para su misión directora.

Pero, ¿y cómo, en la realidad de la vida, se concreta esa superioridad en una persona determinada? De eso se encargan la ley natural y los hechos. Por eso la *naturaleza* va ofreciendo un conjunto, sucesión y cruzamiento de múltiples causas físicas y morales, que, *providencialmente*, disponen los sucesos de manera que va señalando y destacando la superioridad pública de un sujeto a quien, para ser soberano, sólo le falta la ab-

---

que alcanzó relieve especial en nuestros grandes teólogos-juristas del siglo XVI y XVII, y aplicada al caso del Alzamiento nacional de 1936, la encontrará el curioso lector en el libro del Sr. CASTRO ALBARRÁN: *El Derecho del Alzamiento*. Salamanca, 1941.

Allí mismo, y para confirmación y aplicación de la misma doctrina, hallará el lector documentos Pontificios y Episcopales contemporáneos.

Para inteligencia más completa de la teoría y aparte de las páginas originales de nuestros autores clásicos, ampliamente citados por Castro Albarrán, puede consultar el lector, entre los extranjeros, a CARLYLE: *A History of medioeval political theory in the West*, Vol. VI (from 1300 to 1600); P. MESNARD: *L'Essor de la philosophie politique au XVI siecle;* y H. ROMMEN: *Dic Staatslehre des Franz Suárez, S. J.*

Más al alcance de sus manos encontrará en BALMES (cc. 45 y ss.) de su *El protestantismo comparado con el catolicismo* (B.A.C. Obras Completas, tom. IV), y en ELOY BULLÓN: *El concepto de la soberanía en la escuela jurídica española del siglo XVI* (Discurso en la recepción pública del autor en la Academia de Ciencias Morales y Políticas).

soluta independencia de la comunidad pública a la cual ordena.

Por esas mismas causas, la soberanía tiende más bien a ser reconocida y acatada, que no a ser constituída por elección, si bien ésta puede ser un medio extraordinario y supletorio de determinar el soberano.

Y también tiende a concretarla *inamoviblemente* en el soberano, y a hacerse *hereditaria,* por sucesión familiar; porque sólo de esa manera, aparte de otras razones, ha de poseer el soberano el poder moral y material y los prestigios y perfección que el supremo gobierno necesita.

Pasa luego a examinar el Sr. Gil y Robles (D. Enrique) los varios modos prácticos de concretarse la soberanía, como la ocupación, sucesión, usucapión...

Quizá para algunos que simpaticen con esta doctrina, y en el caso real del Alzamiento y de la persona del General Franco, tuviera plena aplicación esta teoría, reforzada aun más por el consentimiento popular cuya virtud supletoria y excepcional no niegan sus patrocinadores.

La concurrencia de hechos y circunstancias que iban señalando la superioridad personal del General era patente. Ya, en los inicios de los acontecimientos, la atención pública esperanzada se iba concentrando en su persona; y, pocas semanas después, y en virtud de los mismos acontecimientos, era reconocido como director indiscutible del Alzamiento, y en cuyo derredor se iban polarizando las adhesiones y entusiasmos de los diversos sectores sociales para formar el bloque nacional antirrepublicano-comunista. Era la primera autoridad que asumía las riendas del poder, ilegítimamente detentado y tiránicamente explotado por el conglomerado republicano marxista y dejado a España, dueña de sus destinos, por D. Alfonso XIII, al abandonar el trono y el país.[1]

Desatado y en marcha el Alzamiento nacional, y mientras el General Franco preparaba el paso a España de las tropas de Marruecos, se constituyó en Burgos (24 de julio de 1936) la *Junta de Defensa Nacional* que, frente al Gobierno y régimen que pretendía derrocar, asumió todos los poderes del Estado,

---

1 A. DE CASTRO ALBARRÁN: *El Derecho del Alzamiento.* Salamanca, 1941; IGNACIO M. DE LOJENDIO: *Régimen político del Estado español.* Bosch, apartado 928, Barcelona, 1942; ENRIQUE GIL Y ROBLES: *Tratado de Derecho Político,* t. II, l. IV. Salamanca, 1902.

con la legítima representación del país ante las potencias extranjeras.

Avanzadas un tanto las operaciones militares y estabilizado un frente, con enlace de todas las fuerzas nacionales, la *Junta de Defensa Nacional,* en virtud de los poderes que había asumido, en representación de la nación alzada el 24 de julio, por Decreto de 29 de setiembre del mismo año, y *segura de interpretar el verdadero sentir nacional,* elevó a la Jefatura del Estado y del Gobierno (con el cargo además de General en Jefe de los Ejércitos) a D. Francisco Franco Bahamonde. En virtud de este Decreto, el General Franco asumía todos los poderes del Estado. En su persona se concentraban (no aconsejaban otra cosa las dificilísimas circunstancias del momento y el estado de guerra que comenzaba entonces) la plenitud de poderes estatales, con atribución estrictamente personal e indefinida en el tiempo.

Esos poderes fueron desenvolviéndose y moderándose al ritmo de los acontecimientos de la guerra y de la paz, y fueron apareciendo organismos políticos y administrativos que compartiesen con el Jefe del Estado las diversas tareas del Gobierno.

A los principios, un Decreto de 1.º de octubre, creó la *Junta Técnica del Estado* (embrión de Ministerio) con un Gobernador general, Secretaría de relaciones exteriores y Secretaría general del Jefe del Estado.

Más adelante, por Decretos-Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, se reconstituyó la *Administración Central del Estado* (el Ministerio) que exigía, para las determinaciones más importantes (Leyes y Decretos), una previa deliberación del Gobierno.

La situación jurídica de los Ministros ante el Jefe del Estado se iba acomodando al sistema llamado presidencial, vigente, p. e., en los Estados Unidos. El Jefe del Estado es libre para el nombramiento y cese de los Ministros, que no son responsables más que ante él.

Más tarde (6 de julio de 1947) fué aprobada por las Cortes y sancionada por referéndum popular la llamada Ley de Sucesión, plena ratificación nacional, en la persona de Franco, de la Jefatura del Estado. La nueva Ley instituye a España en Reino y como Estado católico, social y representativo; señala los trámites y condiciones para la transmisión de los poderes del actual

Jefe del Estado a un Rey o Regente; y crea un Consejo del Reino que *preceptivamente* ha de asistir y aconsejar al Jefe del Estado en los asuntos más trascendentales de su competencia, y una Regencia que, en posibles contingencias, sustituya transitoriamente la vacancia de la Jefatura del Estado.

En cuanto a los plenos poderes legislativos otorgados al General Franco por el Decreto de la Junta de Defensa de 29 de setiembre de 1936, habían sido ligeramente limitados por las Leyes-Decretos de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 que exigían para la promulgación de Leyes y Decretos *previa deliberación* del Consejo de Ministros.

Pero la creación de un organismo legislativo, que colaborase en la redacción de las leyes, se retrasó hasta julio de 1942. El 17 de julio de ese año, se publicó la ley de *Creación de las Cortes* (ligeramente modificada por ley de 9 de marzo de 1946) a la que se juntó el 5 de enero de 1943, el *Reglamento provisional* de las Cortes españolas aún vigente.

Se hace constar, en el Preámbulo de la ley de Creación, que continúa en la Jefatura del Estado la facultad de dictar normas jurídicas de carácter general, en casos de urgencia. Pero se erigen, como órgano legislativo ordinario de participación del pueblo español en las tareas del Estado y cuya misión principal ha de ser la preparación y elaboración de las leyes, las *Cortes españolas.*

En ellas corresponde a los Procuradores (a una con el Gobierno) la iniciativa legislativa; ellas preparan, elaboran y aprueban las leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado. La facultad del Jefe del Estado consta en el art. 17 de la ley de creación: "el Jefe del Estado podrá devolver las leyes a las Cortes para nuevo estudio". Pero, para esa devolución, necesita el Jefe del Estado oír preceptivamente al Consejo del Reino (Art. 5.° - 1.° de la ley de Sucesión). En lugar oportuno nos ocuparemos de la composición, de la estructura y actuación de las Cortes españolas.

Respecto a la función judicial, suspendido el Jurado por Decreto de 8 de setiembre de 1936, y creadas algunas magistraturas y organismos judiciales, como la Magistratura del Trabajo, los Jueces Municipales, Comarcales y de Paz, nada especial queda vinculado a la voluntad exclusiva del Jefe del Estado, si no es la facultad, concedida, en general, a todos los Jefes de

Estado: la de conceder indultos (Dec. 22 abril de 1938). Pero son los Tribunales, como antes del Alzamiento, los que administran justicia en nombre del Jefe del Estado.[1]

Aparte de los organismos administrativos y legislativos a que, sumariamente, acabamos de aludir, para indicar la evolución descendente de los plenos poderes atribuídos, en los comienzos del Alzamiento, al General Franco, nuevas leyes y disposiciones constitucionales han ido contorneando y definiendo la estructura del nuevo Estado español: el Fuero del Trabajo, el Fuero de los españoles, la ley de Bases de la Administración local, la ley del Referéndum, la ley de Sucesión, etc.

De entre ellas, cinco: el Fuero de los españoles, el Fuero del trabajo, la ley Constitutiva de las Cortes, la ley de Sucesión, la del Referéndum Nacional (y cualquiera otra que en lo sucesivo se promulgue confiriéndola tal rango) han obtenido, en virtud del art. 10 de la ley de Sucesión, el rango de leyes fundamentales de la Nación. Para derogarlas o modificarlas será necesario, además del acuerdo de las Cortes (mayoría absoluta de sus miembros), el referédum de la Nación (Ley de Sucesión, art. 10).

*

Mientras se iba fraguando la victoria militar que se coronó y se proclamó con el parte de guerra del Cuartel General del Generalísimo, el 1.° de abril de 1939, al lado de las modificaciones políticas a las que acabamos de hacer ligera referencia, apareció una nueva institución, característica del nuevo Estado en formación: *el Movimiento.*

Nació legalmente el 19 de abril de 1937 con el *Decreto de Unificación de Milicias,* al que había precedido, el día anterior, un *Discurso de Unificación,* sobre la estructura política del Estado.

En ese discurso el General Franco se dirige al pueblo, en el nombre sagrado de España y en el nombre de cuantos han muerto, desde siglos, por una España grande, única, libre y universal, para pedirle una cosa: *unificación;* unión para un fin: para terminar en seguida la guerra y para acometer la gran

---

1 IGNACIO M.ª LOJENDIO: *Régimen político del Estado español.* Bosch. Barcelona, 1942.

tarea de la paz, e instaurar en el Estado nuevo el pensamiento y estilo de nuestra revolución nacional.

En aquel discurso, que precedió al Decreto del 19 de abril, se señalaron los caracteres de la nueva entidad. Se trata de aunar todas las fuerzas que han entrado a luchar contra el marxismo comunista que se había apoderado del poder. Pero esa unión no significa conglomerado de fuerzas, ni concentraciones gubernamentales, ni uniones más o menos patrióticas o sagradas. "Pido *unificación* en la marcha hacia un objetivo común." Por eso, más que de un programa, se trata de un *Movimiento:* de un proceso de elaboración y sujeto a constante revisión y mejora a medida que la realidad lo aconseje. No es cosa rígida ni estática, sino flexible. Y que — como movimiento — ha tenido diferentes etapas.

Indica luego brevemente el General unas como tres etapas nacionales:

1) La de la Reconquista y la de la España imperial de los Reyes Católicos y primeros Austrias, que forjaron aquella España unida para extender por el mundo una idea universal y católica; norma ideal para la Historia de España.

2) La etapa que cubre los siglos XVIII al XX; sobre todo el siglo XIX, señalado por los esfuerzos y sacrificios que se hicieron, principalmente en las guerras carlistas, para restaurar aquel ideal; y

3) La fase contemporánea iniciada por el conato frustrado de D. Miguel Primo de Rivera y continuado por las JONS, la Falange, los tradicionalistas y "*otras fuerzas y elementos encuadrados en diferentes organizaciones que también acudieron a la lucha*".

"Yo os anuncio el patriotismo y la unión de todos los españoles, la unión más íntima en el servicio de la patria, y proclamo que, muy pronto, terminada la guerra y organizada España, estaréis orgullosos de llamaros españoles."

Sobre esta idea de unificación de todos los españoles, de todos los que aportaron su esfuerzo a la lucha por la liberación, se insiste de nuevo en el Preámbulo del *Decreto* (19 de abril) *de Unificación de Milicias*. Esta unificación, se repite, no quiere decir conglomerado de fuerzas, ni mera concentración gubernamental, ni unión pasajera. Para afrontarla hay que huir de la creación de un partido de tipo artificial; siendo, por el con-

trario, necesario recoger todas las aportaciones, para integrarlas, por vía de superación, en una sola entidad política nacional, enlace entre el Estado y la sociedad, garantía de continuidad política y de adhesión viva del pueblo al Estado.

Éste es el espíritu y la sustancia y el contenido del *Movimiento.*[1]

Y es de notar la persistente insistencia con que el Jefe del Estado repite la misma idea. En el preámbulo de la ley de Sucesión confirma: "El respeto y consideración debidos al pensamiento de los distintos sectores políticos que, integrando el Movimiento Nacional, se alzaron para la victoria, y la experiencia aleccionadora de la vida política de España en el último siglo, han venido presidiendo hasta hoy la formación de las leyes constitutivas de nuestro Estado, levantando sobre cuanto nos es común y alejado de cuanto pudiera, en este orden, separarnos. Cualquiera definición que se hiciera fuera del ideario general que a todos interesa carecería de la asistencia general y la continuidad en el tiempo que materia tan importante demanda". (Preámbulo de la presentación ante las Cortes del proyecto de Ley de Sucesión.)

Por eso integran el *Movimiento* las fracciones políticas organizadas, y que como tales y en bloques ingresaron en el Movimiento (Falange y Tradicionalistas); fuertes núcleos de otras organizaciones — políticas y no políticas — (monárquicos, acción

---

1 Esta idea de *unificación nacional,* antipartidista, incompatible con el partidismo político de las democracias modernas, la exponía y defendía Oliveira Salazar, en una Conferencia, ante la *Unión nacional portuguesa,* el 7 de enero de 1949.

En el párrafo encabezado "El régimen y los partidos", decía: "El espíritu del partido corrompe o desvirtúa el poder, deforma la visión de los problemas de gobierno, sacrifica el orden natural de las soluciones, se sobrepone al interés nacional, dificulta, si no impide completamente, la utilización de los valores nacionales para el bien común. Este aspecto es para mí de los más graves."

"Veo delante de mí los más variados, numerosos e intrincados problemas. El ritmo que la vida nacional alcanzó en los últimos años, se multiplica casi al infinito; la transformación y la crisis del mundo dan a muchas cuestiones un alto grado de penetración y delicadeza. "*Todos no somos demasiados*". ¿Cómo pensaríamos que bastarían algunos, cuando la parte sana de la nación, sus mayores valores intelectuales y morales ya se comprobó ampliamente no estar dispuestos a inmiscuirse en el desorden partidista y la idea de los "hombres del partido" es, por sí misma, exclusiva de los restantes? Sólo por este aspecto la política de los partidos sería contraria a la unidad nacional." (Conferencia publicada en el folleto titulado "Mi testimonio".)

popular y aun republicanos antimarxistas); y una gran masa, no encuadrada en agrupaciones de tipo político, que ayudaron, cooperaron y se sacrificaron en la gran empresa de la liberación. Eran todas estas agrupaciones y fuerzas políticas como arroyos o afluentes que fueron a confluir y a engrosar con sus aguas el gran cauce, el ancho río que representa el *Movimiento,* y de las que, al calificar a éste, no se puede, en justicia, prescindir.

De ello se desprende cuán poco exactas y equívocas son ciertas manifestaciones de Jerarcas de grupos o fracciones integrantes del Movimiento que utilizan la palabra *partido* para designar su agrupación, y se arrogan como la dirección exclusiva y la representación del Movimiento de Liberación. Nada más opuesto al espíritu y a la idea del *Movimiento* y de la entidad nacional que tratan de esbozar los documentos fundacionales, que desechan todo conato de creación de un partido de tipo artificial, y disolvieron, al mismo tiempo, todas las demás organizaciones y partidos políticos existentes.

*

El *Movimiento* tiene su Jefe, su organización y los Estatutos por los que se rige; de todo lo cual nos ocuparemos en su lugar oportuno.

Baste indicar aquí que: el Generalísimo Franco, como Jefe del Estado, es Jefe del *Movimiento,* personificando todos los valores y todos los honores del mismo. Que, como Jefe, asume, en toda su plenitud, la más absoluta autoridad, y que sólo responde ante Dios y la Historia. Sólo a propuesta suya puede el Consejo Nacional del Movimiento modificar los Estatutos, y, en casos urgentes, los puede modificar por sí mismo.

Finalmente "su interpretación y doctrina (de los Estatutos) corresponde siempre al Caudillo, único que puede determinar las modalidades de circunstancias, ritmo y tiempo para dar eterna presencia al Ausente, a los forjadores de la Tradición española y a todos aquellos que han caído por la gloria de España".

CAPÍTULO PRELIMINAR

Concepto del Derecho político

SUMARIO: 1. Noción de Derecho. — 2. El derecho público y el derecho privado. Sentido obvio de la clasificación de Ulpiano: reparos que se le oponen. — 3. El Derecho político es derecho público; su objeto es el Estado. — 4. Desintegración, en varias ramas, de la ciencia del Estado. — 5. Diversas clasificaciones: Holtzendorf, Orban. — 6. Concepto y contenido actual del Derecho político. — 7. La denominación de Derecho constitucional. — 8. Diversos aspectos en que puede estudiarse el Derecho político. — 9. La política como arte. — 10. Otras ciencias jurídicas que se refieren al Estado; su objeto y denominación. — 11. Relaciones con otras ciencias. — 12. Las fuentes del Derecho político.[1]

1. Noción de Derecho. — Suponemos ya, por derecho natural, definida y analizada la noción de Derecho, en sus dos aspectos: objetivo y subjetivo. Es decir, como norma, o conjunto de normas encaminadas a regular las acciones de los hombres en sociedad, normas a cuyo cumplimiento pueden éstos ser compelidos por medio de la coacción; y como facultad, como poder moral inviolable, que compete al hombre para hacer o exigir algo.

Tócanos a nosotros, propia y exclusivamente, determinar el concepto de la palabra *Político;* y de la unión de ambas nociones brotará la idea completa de Derecho político, objeto de nuestro estudio.

---

1 ORLANDO: *Principii di Diritto Costituzionale*, n. 28. Firenze, 1905; GIL Y ROBLES (D. ENRIQUE): *Tratado de Derecho Político*, t. I, c. I. Salamanca, 1899; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, Cap. Preliminar, n. 5, Madrid-Reus, 1939; H. KELSEN: *Teoría General del Estado*, n. 17. Trad. castellana del prof. Legaz Lacambra. Edit. Labor, 1934; SANTI ROMANO: *Corso di Diritto Costituzionale*, Introduzioni n. 2. Cedán. Padova, 1941; GÜENECHEA, J. N.: *Principia juris politici*, v. I, c. I. Universidad Gregoriana, 1938; ÁLVAREZ SUÁREZ, URSICINIO: *Horizonte actual del Derecho Romano*, p. 204. Madrid, 1944; SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho Político*. Granada, 1947.

2. El derecho público y el derecho privado. Sentido obvio de la clasificación de Ulpiano: reparos que se le oponen. — Por de pronto, el Derecho político es un derecho público, un derecho que se refiere al Estado. Y como no todos los autores entienden de la misma manera lo que es derecho público y privado, para mayor claridad de nuestro pensamiento, adelantamos desde ahora que usamos esas palabras en el *sentido* que parece entraña la clásica definición de Ulpiano: *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est quod ad Statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet; sunt enim, quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

De estas palabras se deduce que la clave para la inteligencia de esta clasificación, nos la proporciona el fin, el interés a que *primariamente* atienden las normas de Derecho. Constituirán, por lo tanto, derecho público, aquellas normas que afectan directa y primariamente a un interés y bien público; constituirán derecho privado aquellas normas que tienden primariamente al interés de los particulares. Eso parece desprenderse de la obvia inteligencia de las palabras usadas por Ulpino: "spectare ad Statum rei Romanae; pertinere ad singulorum utilitatem; quaedam sunt publice utilia, et quaedam privatim".

Adúcense, sin embargo, contra esta interpretación e inteligencia, en primer lugar, muchas instituciones a la vez de utilidad pública y privada, y que, según el criterio adoptado, deberían ser incluídas en ambos miembros de la clasificación, lo que demostraría la falsedad de la misma. Sin embargo, aun siendo, en parte, verdad lo que en la objeción se insinúa, a nuestro entender puede y debe subsistir lógicamente el criterio adoptado para la clasificación, suficientemente claro y distinto, para que las instituciones no puedan incluirse más que en uno de sus miembros.

El origen de la confusión está en la relación íntima en que han de vivir y desarrollarse en la sociedad el interés público y privado; de tal suerte, que el interés y bien público redunde en el bien e interés privado, y viceversa. Precisamente, en atención a esa dificultad, incluímos en la definición (para aclararla, no para modificarla) las palabras "*directa* y *primariamente*". De forma que no son normas de derecho público las que simplemente afectan o se ordenan al interés público, sino las que se ordenan primaria y directamente; puesto que, secundariamente,

y como consecuencia, ese interés público ha de refluir en el de los particulares. Dígase lo mismo del derecho privado. Así, por ejemplo, no hay duda de que son normas del derecho público las que regulan la organización y ejercicio del poder supremo. Pero las ventajas de una recta organización pública se han de reflejar casi automáticamente en el bienestar de los particulares. De la misma manera, la ordenada y justa regulación de las relaciones de familia, de la propiedad, ha de influir en el bien público en general.

El ilustre Presidente del Tribunal Supremo, Castán Tobeñas,[1] se coloca en otro punto de vista y propone otro criterio de clasificación que parece haber ganado sus simpatías. "Atiende ese criterio, más que a la naturaleza de los sujetos, a la posición y carácter con que pueden éstos presentarse e intervenir en la relación jurídica."

Porque los entes públicos — el Estado o un Municipio — pueden intervenir en una relación jurídica o como investidos de *imperium,* o como despojados de él. En consecuencia, según este punto de vista, será *Derecho público* cuando uno o ambos sujetos (activo o pasivo) de la relación, sean el Estado o una entidad pública que actúe como investido de autoridad. Será *Derecho privado,* cuando ambos sujetos de la relación sean personas o grupos de personas que actúen desprovistos de carácter oficial. Y en apoyo de este punto de vista, aduce Castán la autoridad de autores como Roguin, Ruggiero, Ferrara...

A nosotros nos place este punto de vista y este criterio de clasificación. Pero se nos antoja que, *en el fondo,* este criterio es el mismo teleológico que hemos propuesto más arriba: derecho público o privado según el fin del interés público o privado a que, primariamente, se atiende o se persigue.

Las entidades públicas cuando, investidas de *imperium,* actúan en una relación jurídica, actúan, y no pueden menos de actuar, en interés del bien público, porque no es otra su misión. Por consiguiente, ambos criterios coinciden en el fondo; aunque lo expresen desde distinto punto de vista: el del sujeto que interviene en la relación o el fin para el que interviene.

---

1 CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral,* t. I, p. 27 (1.ª edición). Reus-Madrid, 1950.

Mucho menos valor tiene el otro reparo opuesto por Orban[1] en estas palabras: "La teoría que toma el interés público general como principio de derecho público, es, por otra parte, peligrosa; porque erige en máxima fundamental la regla pagana: *Salus populi suprema lex esto;* la invoca para justificar las medidas más injustas, los actos más arbitrarios, la dictadura, la suspensión de la Constitución y de las leyes, el establecimiento de tribunales extraordinarios."

A la verdad, nosotros no alcanzamos a descubrir ningún enlace lógico entre la significación ulpiniana y la máxima pagana. La máxima pagana no define cuál es, ni en qué consiste el interés público o el privado; establece, en cambio, como regla absoluta, la subordinación completa de todos los intereses al bien público, al bien del Estado. Pero la división de que nosotros tratamos no hace ninguna referencia a esa subordinación, ni siquiera a las relaciones que pueden o deben existir entre esos intereses. Es, pues, cuestión radicalmente distinta, para cuya solución es necesario acudir a otros principios. Por consiguiente, las medidas injustas y arbitrarias, la dictadura, la suspensión de la Constitución y de las leyes... si alguna vez existen, no será porque encuentren fundamento, ni siquiera excusa, en el sentido que damos a la división propuesta por Ulpiano, sino a otras causas y otras doctrinas.[2]

Sin embargo, téngase presente que, para la inteligencia de lo que se ha de entender por derecho público o privado, se siguen otros criterios.[3] Algunos se fijan en el sujeto del derecho, y otros en la materia de las instituciones. De suerte que será derecho público aquel cuyo sujeto sea público (por ejemplo, el Estado, un Municipio) o aquel cuya materia sea de carácter público (p. e., las elecciones de los representantes del país). Y, viceversa, será privado todo derecho cuyo

---

1 *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, t. I, n. 3.

2 El testimonio del Profesor de San Petersburgo, señor KORKOUNOV, (en su *Cours de Theorie générale du droit*) no llega tampoco a convencernos, y en los ejemplos que aduce hay manifiesta confusión. Se confunde el interés público social con el interés de muchos; y el interés privado con el interés de pocos o de uno. El punto de vista es otro distinto. La elección de un alcalde o concejal de un pueblo, por pequeño que sea, siempre será de interés público, aunque la aldea sólo tenga diez o seis vecinos. Mientras que el contrato que un empresario hace para suministro de un ejército numeroso, es de carácter privado, aunque las consecuencias del contrato se extiendan a muchos, y aunque el incumplimiento del contrato acarree o pueda acarrear consecuencias de carácter público. El contratista ve y realiza un interés suyo particular económico y, por él, se compromete a suministrar aquellas mercancías, como las suministraría, con el mismo fin y condiciones, a cualquiera otra clase de personas o particulares.

3 MARCO T. ZANZUCCHI: *Istituzioni di diritto pubblico*, Introd., c. I, nn. 5 y 12. Milán, 1941.

sujeto sea un particular, cuya materia constituya la trama de la vida privada, por ejemplo, una cuestión de propiedad.

Ambos criterios nos parecen equivocados. El hombre, individuo o unido en sociedad, ha de ser siempre el sujeto de toda clase de derechos, tanto públicos como privados; y no puede, por lo tanto, el sujeto considerarse como la raíz de la distinción. Por otra parte, la materia de los derechos y de las instituciones es, de por sí, con frecuencia, indiferente, para que sea objeto de disposiciones de carácter público o privado; como sucede p. e., con la riqueza, los productos económicos que pueden ser objeto de la legislación de Hacienda y de legislación civil. En cambio, el fin, siendo la materia la misma, los reduce a uno u otro de los miembros de la clasificación.

Por lo demás, bien advierte el P. Güenechea[1] que la frase *Statum rei Romanae* de la definición ulpiniana, no ha de entenderse en un sentido estricto gramatical que deformaría el concepto reduciéndolo al estrecho ámbito del Estado *central.* Antes bien, el concepto abarca a toda entidad de carácter netamente público, como puedan ser algunos que integran el Estado y viven dentro de él (regiones, municipios, las modernas corporaciones de derecho público) o, en sentido opuesto, ciertas sociedades supernacionales que englobasen jurídicamente varias o todas las naciones, como intentó la fracasada Sociedad de Naciones Ginebrina.

3. El Derecho político es derecho público: su objeto es el Estado. — A pesar de esta divergencia en cuanto al sentido de la división de Ulpiano, los autores llegan a la misma conclusión respecto del carácter del Derecho político: es derecho público que se refiere al Estado. Y ello se demuestra por la etimología de la palabra, por la idea vulgar y corriente que se tiene de esta ciencia, y por el unánime sentir de los autores que han analizado científicamente el contenido y carácter del Derecho político.

La palabra político viene de la griega *polis,* ciudad; vocablo que entonces era sinónimo de Estado, sociedad humana independiente. Indica, por lo tanto, originariamente el derecho político, el estudio jurídico del Estado, entidad pública distinta de los individuos, aunque formada por la unión de los mismos.

Además, como dice Posada,[2] "en el lenguaje corriente, la

1 *Principia juris politici,* Vol. I, cap. I, n. 2. Roma, 1938.
2 *Trat. de Derecho Político,* t. I, c. I, n. 12. Madrid. 3.ª Edic. 1923.

Política, lo político, las cosas, manifestaciones, relaciones, instituciones políticas, se refieren directa y exclusivamente al Estado. Lo demuestran multitud de expresiones: v. gr. Partidos políticos, Régimen político, hombres políticos; en efecto, en todas estas frases se indica siempre con la adjetivación, que los partidos, régimen, hombres y delitos, se refieren al Estado — lo Político. — Se habla con frecuencia de Política financiera, nacional, pedagógica, hidráulica, liberal, conservadora, y, en estos casos, se alude también al Estado, en cuanto se trata de la acción de éste en el arreglo de su hacienda, en la afirmación de su nacionalidad, en el desarrollo de una educación social y en el desenvolvimiento de sus energías, para transformar las condiciones hidrográficas del país".

La opinión científica parece, en este punto, acorde con el sentir vulgar. Y si bien aquélla se divide al determinar las diversas ramas del derecho público, y al señalar el campo que a cada una corresponde y los nombres con que se les debe designar, nadie sostiene que el Derecho político no está dentro del marco de las ciencias del derecho público y que no se refiere al Estado. Pero, ¿basta esta noción general, de que el Derecho político es derecho público y que se refiere al Estado, para determinar la materia, el objeto y el carácter del Derecho político en nuestros días? No.

4. Desintegración, en varias ramas, de la ciencia del Estado. — Esta noción de la Política o Derecho político: "ciencia o estudio jurídico del Estado", pudo allá, en los orígenes de su desarrollo, en labios de Aristóteles, ser exacta y suficientemente completa. Porque, entonces, el Estado en su naturaleza, en sus elementos, en su varia actividad; en una palabra, en la totalidad de sus aspectos, se ofrecía como objeto único y compacto a las investigaciones de la ciencia política; ésta, en su ámbito, abarcaba todo el estudio del Estado. Hoy en día, esa noción no es exacta ni suficiente.

Como en otras disciplinas, la especialización vino con el tiempo, al impulso de la evolución progresiva del objeto mismo del estudio: la sociedad política humana; y de la evolución progresiva de la ciencia política.

La evolución de la vida pública humana iba perfeccionando y complicando al Estado mismo. La actividad del Estado se en-

sanchaba más y más, tomaba distintos rumbos, perfeccionaba sus procedimientos, requería más cooperaciones, necesitaba nuevos órganos; en una palabra, la actividad del Estado era más intensa, más extensa, más varia y complicada... con lo que, el objeto de la ciencia política se hacía progresivamente más complejo.

A la par de esa evolución real, transformadora del objeto, se desenvolvía la de la ciencia que lo estudiaba. Porque penetraba mejor su contenido, descubría nuevos puntos de vista, y una particular actividad del Estado (la vindicativa, p. e.), por su importancia o por su naturaleza peculiar, proponía un objeto formal distinto. Es decir, que mientras el objeto de estudio se complicaba cada vez más, ofreciendo nuevos elementos y materiales, la ciencia iba descubriendo en ellos nuevos objetos formales, nuevas orientaciones, las suficientes para constituir diversas ramas de la ciencia.

Vino, pues, la natural diversificación de las ciencias políticas: ciencias cuyo objeto general único era, hasta entonces, el Estado. ¿Cómo ordenar lógicamente esas diversas disciplinas, que rectamente se podían denominar políticas, en cuanto se referían al Estado? ¿Cuál, de entre ellas, ha de ser el objeto peculiar de nuestro estudio, es decir, del que, en nuestros días, lleva aún el nombre de Derecho Político?

5. Diversas clasificaciones: Holtzendorf-Orban. — Son muchas las que presentan los autores; su estudio detenido no ofrece gran interés ni aporta utilidad especial. A modo de ejemplo, trasladaremos aquí las clasificaciones propuestas por Holtzendorf y Orban.

Prescindiendo, dice HOLTZENDORF,[1] de la ciencia social, las ciencias políticas, en el sentido más lato de su expresión, abarcan:

"*La teoría general del Estado,* que trata de los signos característicos, de los modos de actividad y de la constitución jurídica de las sociedades humanas, deducidas de la ciencia misma del Estado."

"*El Derecho político,* que determina y regula las relaciones entre el soberano y los miembros del Estado, ya desde el punto de vista de la razón, de la moral y de la conveniencia general (Derecho político general), ya desde el punto de vista de un Estado determinado (Derecho político positivo)."

---

1 *Principios de Política,* l. I, c. I-2. Trad. de Buylla y Posada.

"*El Derecho internacional,* que determina y regula las relaciones entre Estados independientes."

"*La Economía política,* que trata de los principios de la producción, del empleo y de la distribución de las riquezas de las sociedades organizadas en Estados."

"*La Hacienda pública* comprende las reglas, no sólo acerca de los medios para subvenir a las necesidades del Estado, sino también acerca de la administración de su fortuna, y que descansa en una combinación de principios económicos y del Derecho administrativo."

"*La Ciencia de la Policía* comprende los principios, según los cuales, se asegura la prosperidad del cuerpo social y se evitan, en cuanto es posible, los daños que la amenazan."

Añade, finalmente, Holtzendorf, que algunos autores completan la lista anterior con la Ética del Estado, Historia política y la Estadística concerniente al Estado.

ORBAN[1] opina que debe tenerse en cuenta, para hacer esta clasificación, la distinción que los sociólogos modernos establecen entre las ciencias jurídicas, ciencias económicas y ciencias políticas. Dejando además al lado las materias internacionales, fácilmente se llega, dice, a concretar y limitar las ciencias políticas. Las principales, a su juicio, son dos: "la Historia política" y "la Ciencia política propiamente dicha". Otras ciencias jurídicas que enumera en seguida, y que pasan por ciencias políticas, son ciencias particulares independientes, que, en rigor de lógica, no pueden ser consideradas como ciencias políticas.

La Historia política (tanto nacional como general) abarca la historia de las instituciones públicas (p. e. la parlamentaria), de los hechos políticos y de las doctrinas e ideas políticas. Sirven de complemento las biografías y memorias de los hombres de Estado, y cuantos escritos y monumentos ayuden al esclarecimiento e interpretación de instituciones, hechos y doctrinas... La Historia política, así entendida, es un hermoso auxiliar de la Ciencia política propiamente dicha; porque en la Historia se encontrará el germen y el sentido de la explicación de muchas instituciones actuales. Es, además, la historia campo de experimentación y piedra de toque de ideas y doctrinas.

La Ciencia política es, según Orban, lo que los alemanes llaman "*Teoría general del Estado*", y los ingleses "*Politics o political science*", y que Paul Janet define diciendo que es la ciencia del Estado, en general, considerado en su naturaleza, en sus leyes, en sus principales formas. Y, determinando más exactamente su contenido (y reconociendo que los autores lo ensanchan o estrechan, según las naciones, a sus tendencias particulares), dice que la Ciencia política tiene por

---

1 Op. cit., t. I, n. 12.

objeto estudiar al Estado en su estructura general y elementos, en sus orígines y caracteres principales; determinar su fin y su misión, fijar las mejores condiciones de su organización, de su funcionamiento, de forma que ofrezcan a los miembros de la sociedad garantías más seguras.

Llama, además, *Ciencias políticas particulares,* pero de carácter independiente, la Ciencia de la legislación, la Ciencia penal, la de Policía, la Ciencia de la administración, la Economía política, en la que entra la ciencia financiera. Estudian, respectivamente, los principios fundamentales de las leyes civiles y comerciales, de las leyes penales, de las leyes administrativas, fiscales y aduaneras, y de sus formas convenientes.[1]

Como resumen de los diversos criterios de clasificación que, en tanta variedad, ofrecen los autores, propone Posada este cuadro de "Enciclopedia política".

En las disciplinas políticas, cabe distinguir:

Objeto de todos los estudios políticos: El Estado.

Política. — Lo relativo al Estado.

Ciencia Política. — La Teoría del Estado.

Política aplicada. — La Teoría de la acción política.

Ciencias políticas, que consideran al Estado íntegramente, aunque desde puntos de vista totales diferentes: Filosofía política. - Historia política. - Ciencia crítica del Estado. *La Teoría del Estado* sintetiza estas disciplinas y utiliza en la construcción de la doctrina sus métodos y sus resultados.

Capítulos especiales de la Ciencia política. — Teoría del Gobierno. Teoría de la Representación política. Teoría de las Constituciones, o de los orígenes del Estado, etc.

Ciencias especiales que recogen relaciones de coincidencia de la Política con otras disciplinas científicas: Psicología política. Ética política. Economía política. Pedagogía política. Derecho político, etc.

Doctrinas políticas sobre el objeto de otras ciencias, que entrañan puntos de vista de la acción del Estado en relación con manifestaciones fundamentales de la actividad humana: Política del Estado. Política ética. Política económica. Política pedagógica. Política del Derecho. Política social, etc.

Doctrinas políticas sobre los elementos componentes de los organismos del Estado: Política geográfica, territorial, de utilización de la base física. Política de la población. Política estadística.

---

1 Quien quisiera conocer otras clasificaciones, otros puntos de vista de los autores, puede consultar POSADA: *Tratado de Derecho Político* (1923), tomo I, c. II.

6. Concepto y contenido actual del Derecho político. — En la actualidad, aunque hay varias ramas de derecho público a las que en rigor de teoría pudiera aplicarse la denominación de Derecho político, por cuanto tienen por objeto al Estado; sin embargo, se reserva ese nombre a determinada ciencia jurídica, a la que, por antonomasia, se llama Derecho político, con un objeto bien definido y distinto de las demás ciencias similares. No hemos de discutir la exactitud del vocablo, ni la admisión de ciertas materias dentro de su objeto.

El nombre y las materias de una disciplina son, a veces, obra, no tanto del rigor de la lógica, sino fruto de una tradición positiva, que, con frecuencia, se complace en salirse de esos cauces.

El Derecho político tiene por objeto de su estudio la constitución fundamental del Estado y puede definirse: *la rama de derecho público que estudia la naturaleza del Estado, sus funciones esenciales, la diversa estructura de las formas que puede adoptar y los derechos del hombre y sus garantías.*

Al estudiar la naturaleza del Estado, indaga en su esencia, su origen y su justificación; analiza sus elementos y caracteres, y determina sus fines y su misión.

La actividad del Estado se manifiesta en sus funciones diversas. El Derecho político determina y caracteriza cuáles sean esas funciones, establece los principios fundamentales de su desenvolvimiento, su campo de acción, sus relaciones, órganos... De manera especial, se detiene en la exposición de la función legislativa, la más característica de la soberanía del Estado, estudiando sus órganos, su funcionamiento, su renovación, las reformas de que es susceptible. El estudio que hace de las otras funciones es más sumario, aunque de carácter fundamental, limitándose a establecer los criterios básicos de su organización, competencia y vida, y dejando el desarrollo de esas bases a otras disciplinas jurídicas independientes, como el Derecho penal, procesal, administrativo...

Otro de los capítulos esenciales de la ciencia política es el que analiza las formas del Estado o de gobierno. Expone las diversas combinaciones o estructura que los órganos soberanos pueden adoptar, y de hecho han adoptado, en el curso de la historia; investigando cuál de ellas, según las circunstancias, ofrece mayores ventajas o menores inconvenientes, convirtiéndose en

el cauce más adecuado para que la actividad del Estado se enderece a la mayor prosperidad del país.

Finalmente, forman el contenido del Derecho político en los Estados modernos, las llamadas garantías públicas y los derechos y los deberes de los ciudadanos; no solamente los derechos estrictamente políticos, que regulan la intervención ciudadana en la vida del Estado, como el derecho de sufragio, sino los derechos privados y civiles, como el de propiedad, de conciencia, etc.

La mayor parte de estas materias forman parte integrante del objeto del Derecho político en todo rigor de la lógica. Porque si toca a esta ciencia estudiar la naturaleza y constitución del Estado, ello no puede hacerse sin investigar su esencia, sus elementos, sus caracteres, su fin, sus funciones.

Pero otras materias se mantienen dentro de la esfera del Derecho político, por su carácter fundamental, o por circunstancias históricas. Eso sucede, por ejemplo, con la llamada parte dogmática o declaración de derechos, tanto políticos como civiles, como el de propiedad, de enseñanza, profesión, etc. La causa es, en gran parte, histórica; consecuencia de una reacción contra las arbitrariedades de poderes absolutos que desconocieron derechos legítimos de los ciudadanos o los dejaron desamparados; consecuencia también de la corriente exageradamente individualista de los siglos XVIII y XIX. Para evitar el peligro de nuevos atropellos, y dejándose dominar de su obsesión individualista, los autores de las Constituciones modernas pusieron esos derechos al amparo, que creyeron más sagrado e inviolable, de las leyes fundamentales; de rechazo, su estudio entró dentro de la órbita de la ciencia política.

Es también evidente que el Derecho penal, el procesal, la Hacienda, han adquirido ya personalidad científica propia, independiente de la ciencia política. Nada se diga de las ramas de derecho privado, que por su índole peculiar, se mueven en una esfera distinta de la del derecho público. Sin embargo, los principios y direcciones fundamentales del Derecho penal, procesal y aun civil, se establecen en el Derecho político que, por esta razón, se llama, con propiedad, derecho fundamental; son como los sillares sobre los que después se ha de levantar el edificio de la nueva ciencia. Y es que, por la gran importancia que entrañan esos principios y el influjo que han de tener en la vida de la sociedad, parece que corresponde a la soberanía, en cuanto obra como poder constituyente, determinarlos y garantizarlos con toda la fuerza de una autoridad inviolable. He ahí el concepto actual del Derecho político y las materias que abarca.

No compartiremos el pesimismo de Kelsen cuando al examinar, en el capítulo I de su obra,[1] la significación de la palabra *Estado,* escribe: "La palabra que designa el objeto de la Teoría general del Estado ha servido de ejemplo a un ingenioso escritor para poner de relieve el hecho de que el nombre sustantivo de una ciencia es siempre una palabra a la que previamente se ha extraído todo contenido propio; un sustantivo resulta tanto más aprovechable cuanto más vacío es; de una calabaza puede hacerse una botella vaciándola de su contenido natural" (Manthner). Y un poco más abajo: "Lo que hace tan problemático toda Teoría del Estado es más bien la inaudita discordia íntima de la propia terminología científica." Acumula en seguida el doctor vienés una serie de significaciones en que se toma la palabra *Estado.*

No cabe duda de que así es, y de que, a veces, hay verdadera impropiedad y abuso en la significación que se da al vocablo. Sin embargo, muchas de esas significaciones tienen su explicación obvia en el texto mismo en que se emplea la palabra Estado. Porque, constando este concepto de varios elementos y pudiendo ser considerado bajo varios aspectos, nada tiene de particular ni de oscuro que, a veces, se emplee la palabra para denotar algunos de esos aspectos o elementos. Resultará entonces una denominación impropia o figurada, pero que no daña a la claridad ni a la integridad del concepto en sí, que permanece incólume y firme en su significación propia jurídica.

7. La denominación de "Derecho constitucional". — Han designado algunos autores modernos el derecho político con el nombre de "*Derecho constitucional*".

Esta denominación viene de la palabra Constitución, ley política y fundamental, en la que se establecen las normas por las que se rige el Estado. Bien pudieran tomarse, por lo tanto, como sinónimas las expresiones "*Derecho político*" y "*Derecho constitucional*".

Sin embargo, algunos autores, de tal suerte limitan el significado de Derecho constitucional, que hacen imposible la equivalencia entre ambas denominaciones.[2]

Entienden por Derecho constitucional "la constitución de los países libres"[3] o "la constitución de los Estados regidos por

---

1 *Teoría general del Estado,* p. 3. Traducción de L. Legaz Lacambra. Editorial Labor, S. A., 1934.

2 Véase ORLANDO: op. cit., n. 43.

3 País libre, semi-libre y no-libre en el sentido político en que lo propone Bluntschli; países en los que la sociedad en general, o sólo parte

forma representativa" o "la constitución de países regidos por forma representativa-monárquica", o bien de los países que tienen una constitución escrita, al modo moderno. Aún pasan más adelante, y reputan las otras formas de Gobierno — las que no se llaman libres — como ilícitas, "como no conformes a la razón".

Es ésta "una preocupación subjetiva, como dice Orlando, que no puede tener cabida en una investigación científica". Porque tales formas — las no libres o semi-libres — largos siglos han existido para bien de muchos pueblos, y la razón las concibe como lícitas, por más que determinadas circunstancias históricas las rechacen como impropias de ciertos tiempos. Pero, aun prescindiendo de esa preocupación y falsedad, si sólo se quiere aplicar la denominación de Derecho constitucional al Derecho por el que se rigen los Estados libres, o representativos, o monárquico-representativos, la denominación resulta impropia para designar el objeto de nuestro estudio, que es mucho más general y sólo cabría aplicarla al Derecho de determindas formas de Estado y de Gobierno.

Precisamente, en nuestra época, esa pretensión de limitar al Derecho *constitucional* las formas de Estado denominadas democráticas, representativas, etc., ha sufrido un eclipse. Las nuevas formas totalitarias, corporativas, etc., se han apartado estrepitosamente de las formas liberales democráticas y constitucionales del pasado siglo que se hicieron la ilusión de ser, no ya las mejores, sino las únicas jurídicamente justas y posibles en los tiempos modernos. Pero en nuestros días, tras la catastrófica guerra contra las naciones que han adoptado la nueva postura antiliberal y su aplastante derrota, parece anunciar un nuevo viraje hacia las formas democráticas, si bien una de las naciones vencedoras, Rusia, persiste en su política dictatorial y antidemocrática.[1]

Y, en efecto, los tratadistas contemporáneos, sobre todo los franceses, insisten en la denominación de *Derecho constitucional* y tratan de precisar su concepto, diferenciándolo del de De-

---

de ella, o ninguna tiene derecho a intervenir en la vida pública ni a fiscalizar los actos del Gobierno.

1 Véase SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho político*, Introd. c. I (3.ª edic. Granada, 1947); RUIZ DEL CASTILLO: op. cit., Cap. preliminar n. 5.

recho político y procurando acomodarlo al sentido de Constitución en sentido *material.*

Dicen, como *Vedel*[1] que Derecho constitucional es la rama fundamental del derecho público interno y que se refiere a los órganos supremos del Estado.

Y *Laferrière,*[2] recalcando la división entre Gobierno y Administración, deduce que el objeto del Derecho constitucional es el estudio del Gobierno; es decir, el sistema en el cual el órgano o los órganos, sean los que fueren, que detentan el poder, no pueden ejercerlo sino conforme a reglas preestablecidas, a las cuales están obligados a acomodarse y que no pueden modificar a su voluntad. Estas reglas que se imponen a los gobernantes, que fijan imperiosamente los límites y condiciones de ejercicio del poder político, forman, en un sentido amplio, la *Constitución* de un país.

Y más concretamente, *M. Prelot,*[3] que ha prestado a este punto relevante atención, define el Derecho constitucional: "*la ciencia de las reglas jurídicas según las cuales se establece, se transmite y se ejerce la autoridad política; más brevemente, el Derecho de la autoridad política*".

Vedel, finalmente (loc. cit.), trata de justificar la denominación de Derecho constitucional aduciendo que en la mayor parte de los Estados modernos (a pesar de la excepción de Inglaterra y aun, en parte, Francia), el conjunto de reglas que constituyen el estatuto de los gobernantes, se expresa en una Constitución escrita.

8. Diversos aspectos en que puede estudiarse el Derecho político. — Puede acometerse nuestro estudio desde el punto de vista teórico, histórico y positivo.

El punto de vista teórico investiga la naturaleza del Estado, tal como debe ser en sí; es decir, tal cual le concibe la razón, habida cuenta de la condición de la naturaleza humana, las cualidades, los fines, las aspiraciones legítimas del hombre.

La historia estudia y presenta los hechos políticos; es decir,

---

1 GEORGES VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel,* pp. 4 y 5. Sirey-París, 1949.

2 JULIEN LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit Constitutionnel,* 2.ª edición, pp. 265 y ss. Domat-Montchrestiva, París, 1947.

3 MAURICE PRELOT: *Précis de Droit Constitutionnel,* pp. 1 y ss. París-Dalloz, 1950.

el desarrollo que en la vida de una o varias naciones han tenido las ideas y las instituciones políticas, según las han entendido y practicado los hombres; su manera de nacer, su desenvolvimiento, sus frutos de prosperidad, decadencia o ruina.

El Derecho político positivo expone y analiza las leyes políticas vigentes en una nación o en varias. Así, pudieran ser objeto de esta investigación las instituciones políticas contemporáneas en España, Japón, Inglaterra... las europeas, las americanas...

Todos estos puntos de vista contribuyen al esclarecimiento de un mismo objeto; tienden al conocimiento más perfecto del Estado, a la luz de la razón, de las enseñanzas históricas y de la experiencia práctica. Por lo demás, los tratadistas de Derecho político, en sus publicaciones, según sus aficiones peculiares y el fin que persigan, pueden servirse de todos estos puntos de vista, o limitarse exclusivamente a alguno de los aspectos de estudio que presente el Estado.

Prácticamente los diversos autores, según sus aficiones personales, sus conocimientos y aun las tendencias nacionales, dan mayor, menor y aun exclusiva preferencia a uno u otro método.

Gustan, por ejemplo, los publicistas ingleses de estudiar el Derecho político a través de las leyes e instituciones de su país y de su historia, sin que por eso olviden consideraciones teóricas para justificarlas o condenarlas. A este tipo pertenecen v. gr. *Law and Constitution* de Sir W. R. Anson y *The Government of England* de A. L. Lowel.

En cambio, otros tratan los problemas de Derecho político desde el punto de vista predominante teórico. Así nos legaron sus magníficas elucubraciones nuestros autores del Siglo de Oro, como el P. Vitoria su "*De potestate civili*", el P. Suárez su "*De legibus*" y Mariana su "*De rege et institutione regis*", etc. Siguen el mismo camino autores modernos escribiendo tratados con el título de "*Teoría general del Estado*" como Kelsen y Jellinek, o "*Principii di diritto costituzionale*" como Orlando. Innumerables son los autores que siguen la vía media dosificando la teoría con el Derecho positivo según sus aficiones, educación literaria o fines que se propongan.

Notaremos, finalmente, los tratados que se limitan a estudiar una institución política, una función u órgano del Estado, como el Tratado "*Second Chambers*" de I. A. R. Marriot.

En España, por punto general, los autores modernos han seguido también la vía media, ilustrando la teoría con instituciones de Derecho positivo.

A varias generaciones universitarias han servido de guía tratados teórico-positivos, como los de SANTA MARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Político* (Madrid-Imprenta española, 1913); GIL Y ROBLES (D. ENRIQUE): *Tratado de Derecho Político* (Salamanca. Campo de San Francisco, 10. 1899), y ADOLFO POSADA: *Tratado de Derecho político.* (Madrid, Victoriano Suárez, 1923.)

Más recientemente han aparecido nuevos tratados como el de CARLOS RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político.* (Madrid-Reus, 1939), y LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho político.* (Granada-Mesones, 52, 1947, 3.ª edición.)

Pero, en la nueva generación contemporánea, ha prevalecido la inclinación a estudios políticos de carácter histórico y monográfico. Podemos citar entre otros: *Teoría y sistema de las formas políticas* e *Introducción al Derecho político actual,* de FRANCISCO JAVIER CONDE; *El Derecho y el Estado en San Agustín,* de ANTONIO TRUYOLS; *La Filosofía política de Santo Tomás de Aquino,* de D. EUSTAQUIO GALÁN; *Las doctrinas políticas de la baja Edad Media. Las doctrinas políticas en Portugal* (Edad Media), de D. T. ELÍAS DE TEJADA y, últimamente, de este mismo autor, *Las Españas; La Meta de dos revoluciones,* de D. JOSÉ LARRAZ; y en especial, *La teoría española de Estado en el siglo XVII,* de D. JOSÉ ANTONIO MARAVALL (Instituto de Estudios Políticos); y el *Liberalismo doctrinario,* de D. LUIS DÍAZ DEL CORRAL. (Ib.), *La crisis política del antiguo régimen en España* (1800-1840), de FEDERICO SUÁREZ; *Derecho Constitucional comparado,* de MANUEL GARCÍA PELAYO; *La Justificación del Estado,* de D. TORCUATO HERNÁNDEZ MIRANDA; el *Derecho Constitucional en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, U.R.S.S. y Portugal,* de LUIS SÁNCHEZ AGESTA; *Tratado de Derecho Constitucional* (legislación extranjera), de DIEGO SEVILLA ANDRÉS; *El Derecho Constitucional de la postguerra,* por CARLOS OLLEROS; *El Poder público y la Sociedad,* por SALVADOR LIZARRAGUE; *Razas y Racismo en Norteamérica,* por MANUEL FRAGA, etc.

Gran parte de estas obras han aparecido bajo el patronato del "Instituto de Estudios Políticos", que aparte de la publicación de su "Revista de Estudios Políticos", va sacando a la luz una Biblioteca de escritores políticos con introducciones críticas y estudios preliminares, como, para poner un ejemplo, *Estudios Políticos de Fray Benito Jerónimo Feijoo y Montenegro,* con un estudio preliminar de LUIS SÁNCHEZ AGESTA.

9. La política como arte. — No puede confundirse la ciencia política con la ciencia práctica de gobernar o con el arte de gobernar, como le llaman algunos.

Sin duda, que la ciencia política es una de las condiciones de

que debe estar adornado el hombre de Estado, para cumplir con éxito su misión de dirigir a los hombres; pero no le basta eso. Necesita, además, otros conocimientos y dotes personales que el estudio y la ciencia política no le podrán proporcionar. La vida tan compleja de las sociedades modernas, exige de los directores de los pueblos recursos y conocimientos técnicos variadísimos, que han de poseer o han de saber buscar y utilizar. Por otro lado, el ejercicio del poder requiere previsión, fortaleza, sangre fría, tacto, conocimiento de los hombres..., dotes todas, que, ni las da el estudio, ni se encuentran en los libros; las da en germen el Autor de la naturaleza, y se perfeccionan en el roce de la vida y el contacto de los hombres.

La política como arte, en resumen, es la ciencia práctica de gobernar; fruto de condiciones personales de inteligencia y de carácter, del estudio y de la experiencia de la vida.[1]

10. Otras ciencias jurídicas que se refieren al Estado: su objeto y denominación. — Además del Derecho político, cuyo contenido hemos concretado en líneas anteriores, otras ramas de derecho público podrían ostentar esa misma denominación, si para ello bastara tener como objeto de sus investigaciones el Estado. Pero, a consecuencia de la evolución progresiva, teórica y práctica, a que hemos hecho alusión ha poco, esas ramas de derecho dirigen ya sus investigaciones, no al Estado en su constitución, en sus elementos y funciones esenciales, en sus formas y estructura; sino que, suponiéndole ya constituido, estudian algunas de sus fases o aspectos limitados.

De ahí ha nacido el estudio especial de la economía del Estado, de la actividad del Estado, de la función vindicativa del Estado, etc.

Por lo mismo, al circunscribir el objeto de sus elucubraciones a un punto especial, han como creado ciencias jurídicas independientes, que, por razones de justicia científica, de claridad y conveniencias pedagógicas, requieren también una denominación diferente. Tales son el Derecho administrativo, el Derecho penal, procesal, la Hacienda, el Derecho internacional y última-

---

1 En este punto, merece especial encomio y recomendación el trabajo monográfico *La prudencia política*, de LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, verdadera joya en su género de fino análisis, hondura de pensamiento y riqueza literaria.

mente el Derecho del trabajo, el Derecho fiscal. Muy afines todos ellos al Derecho político, con el que guardan relaciones, en cierta manera, de subordinación (por eso se llama el Derecho político Derecho fundamental), no pueden confundirse con él.

El *Derecho administrativo*[1] es "aquella rama de Derecho público interno, que estudia los principios jurídicos que rigen el poder total del Estado y de las sociedades públicas que, dentro de él viven, en cuanto tienden a la realización de los fines públicos". Se trata, pues, de un Derecho público; pero estudia el Estado bajo una fase limitada: en cuanto el poder del Estado realiza los fines públicos. He ahí un objeto formal propio, que le da independencia y justifica su denominación de Derecho administrativo.

Otra de las facetas de la actividad del Estado es la *función vindicativa y judicial.* Como hemos de ver más tarde, corresponde al Estado, como fin suyo esencial, declarar el derecho, garantizarlo y hacerlo respetar. Pero, puesto que, dadas las deficiencias humanas, no han de faltar violaciones, ignorancias y competencias de Derecho, de ahí la necesidad en todo Estado bien constituído, de una justicia, con órganos apropiados, con autoridad y libertad suficientes, para resolver, dentro del cauce de las leyes, competencias, y descubrir y castigar delitos. Todo lo cual forma un cuerpo de doctrina, suficientemente definido, que puede ser objeto de investigaciones propias: el delito — la pena — adecuación proporcionada del castigo a la culpa; competencias de Derechos; maneras de conocerlas y resolverlas... Derecho *penal,* Procedimientos *civil y criminal...*

De la misma manera pudiéramos discurrir sobre otras ramas de Derecho público. El Estado, como toda sociedad organizada, es un sujeto económico, que necesita de medios materiales para cumplir sus fines. Es además (lo hemos de ver más tarde), el protector nato de la economía colectiva de los pueblos: he ahí una materia, cuyo estudio tomarán a su cargo la *Economía* y *Hacienda públicas.*

---

1 Véase P. GÜENECHEA: *Ensayo de Derecho administrativo,* t. I, Introd. Lec. 1.ª 4. Tanto respecto del objeto del Derecho administrativo como respecto de su sustantividad e independencia del Derecho político, discuten los autores. Un punto de vista opuesto al que nosotros hemos expuesto (sostenido, entre los tratadistas españoles, por Güenechea, Royo Villanova y Gil Robles), propone Santa María de Paredes, para quien el Derecho administrativo tiene por objeto: "la organización, funciones y procedimiento del poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida". Como se ve, resulta así un capítulo del Derecho político. Sobre esta cuestión, como sobre la de la sustantividad del Derecho administrativo, véase el mismo P. Güenechea. GARCÍA OVIEDO: *Derecho administrativo* (Madrid E.P.E.S.A.); ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho administrativo,* etc.

Aunque dividida la población humana en diversas agrupaciones y Estados, las necesidades y condiciones de nuestra naturaleza excluyen todo ideal y toda situación de aislamiento, en que pretendieran vivir unas naciones respecto de otras. Esta realidad ineludible da a cada Estado, en frente de otros, una personalidad propia, independiente, con todas las condiciones y facultades que la integran, con derecho natural de ostentarla y recabar de los demás las garantías necesarias de respeto. Este mutuo reconocimiento y respeto es la base de las relaciones que unen a unos Estados con otros. Y esas relaciones que, dada la libertad, las conveniencias y las pasiones humanas, pueden variar desde la amistad y las colaboraciones mutuas más o menos íntimas, hasta el enfriamiento, la hostilidad y la guerra, constituyen la materia de estudio del *Derecho internacional público.*

El enorme incremento que han alcanzado en nuestra época los problemas del trabajo humano y las repercusiones que su regulación más o menos justa y acertada puede acarrear en el orden nacional e internacional, han hecho florecer una nueva rama del Derecho denominada Derecho del Trabajo y que pudiera definirse (Pérez Botija): "Conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado a los efectos de la protección y tutela del trabajo".[1]

11. Relaciones con otras ciencias. — La ciencia política está ligada con las demás ciencias, de muchas de las cuales recibe auxilios y apoyos muy importantes.

Para no repetir las mismas ideas, nos limitaremos a recordar cuán íntimas han de ser las relaciones que unen al Derecho político con las otras ramas jurídicas de Derecho público, que acabamos de enumerar. Son de la misma índole, tienen un objeto genérico común; y el Derecho político, por su carácter fundamental, establece los principios que luego las otras disciplinas se encargan de desarrollar en su respectiva esfera.

A su vez, el *Derecho natural* es la base del mismo Derecho político. Y el Derecho natural abarca en su ámbito a todo el hombre, ya como individuo en sus relaciones con Dios, consigo

---

1 E. PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho de Trabajo.* Ed. Tecnos. Madrid, 1948; I. PÉREZ LEÑERO: *Teoría general del Derecho español del Trabajo;* ÍDEM: *Justificaciones del Derecho español del Trabajo.* Espasa-Calpe. Madrid, 1949; GARCÍA OVIEDO: *Tratado elemental de Derecho social.* E.P.E.S.A. Madrid, 1946; HERNAIZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental del Derecho del Trabajo.* Instituto de Estudios políticos. Madrid, 1946.

mismo y sus semejantes, ya como miembro de la familia y miembro de la sociedad. En consecuencia, el Derecho natural es como la moral de la sociedad civil y dicta ciertas normas y direcciones fijas e inmutables, dentro de las cuales ha de moverse la vida humana social en todas sus manifestaciones. Se caracterizan estas normas, como las de todas las disciplinas fundamentales, por su índole un poco general; más que como reglas concretas de aplicación inmediata a la vida, sirven de guía para criticar y perfeccionar doctrinas, sistemas y normas positivas.

Mención especial hemos de hacer de la *Sociología*, estudio al que el siglo XIX ha concedido el título de ciencia, de vagos contornos en cuanto a su contenido, objeto de innumerables estudios y copiosísima literatura.

Esa misma vaguedad de cotornos ha dado lugar a que sean muy numerosas y variadas las definiciones que de la nueva ciencia se han formulado. Retengamos tan sólo alguna que, por su misma vaguedad, más fácilmente puede ser aceptada por todos: "*Sociología* es la ciencia de la Sociedad; o ciencia de la Sociedad en cuanto estudia los fenómenos y hechos sociales."

La vaguedad de la fórmula, los diversos aspectos que la Sociedad ofrece a la consideración de la mente humana y la anarquía del pensamiento moderno en cuanto a métodos y sistemas filosóficos han contribuído a la formación de sistemas sociológicos muy diversos y a que se hable de Sociología *física* o *mecanicista, biológica* u *objetiva;* o que se considere la Sociología como ciencia especulativa, práctica, transformista, o en sentido más o menos amplio.

En cuanto a nosotros, baste indicar que siendo la Sociología ciencia de lá Sociedad, y siendo el Estado una Sociedad, una entidad de tipo sociológico, no pueden ser indiferentes a nuestro estudio los problemas de la Sociología, ni las conclusiones y principios a que se llegue en su estudio.

Tan estrechas se consideran estas relaciones, que algunos autores sostienen que el Derecho político es una rama de la Sociología y dedican en los Prolegómenos o Introducciones de sus libros de Derecho político, un capítulo entero a exponer las mutuas relaciones entre la Sociología y el Derecho político.[1]

---

1 Por ej. SÁNCHEZ AGESTA: Op. cit. Introducción, cap. II.

A nuestro propósito nos parece que basta con lo indicado y remitir al estudioso lector a Tratados especiales de Sociología.[1]

Auxiliares poderosos del Derecho político son las *ciencias antropológicas,* que estudian al hombre en su completa realidad o en sus elementos; y las *etnológicas,* que le estudian a través de las tradiciones y costumbres que él mismo va elaborando y viviendo. Porque el Estado es institución esencialmente humana; imposible, por lo tanto, comprender la naturaleza del ser social, las instituciones fundamentales de los pueblos, la relación social más esencial, la constituída por la autoridad de los que mandan y la sumisión de los que obedecen, sin tener en cuenta las enseñanzas y conclusiones de la Psicología, Fisiología, Etnología, etc.

Muy íntima es también la conexión de las ciencias *económicas* con el Derecho político. Por de pronto, como indicamos antes, el Estado es un sujeto económico, que necesita de medios materiales para cumplir sus fines. Pero, además, el Estado es el protector nato de las economías particulares, el órgano supremo de la economía colectiva de los pueblos. Y, sin caer en la falsa afirmación de Marx, de que el hombre y la sociedad son entidades meramente económicas, y que todas las demás manifestaciones de la vida colectiva son secundarias y que reciben dirección e impulso de las económicas; sin embargo, bien puede decirse que el desarrollo o debilidad económicos de un pueblo, se reflejan indefectiblemente en su prosperidad, decadencia o ruina, que influyen en sus instituciones fundamentales, y que en la vida económica ha incubado el germen de grandes acontecimientos de la historia.

Han de entrar también en este cuadro de conexiones con la ciencia política, las *ciencias naturales.* El territorio es elemento necesario e importantísimo de la vida de los pueblos, y las ciencias que lo estudian, en sus diversos aspectos, como la Geografía, la Historia natural, han de prestar auxilios al estudio político de los pueblos. El carácter del suelo: su abundancia o pobreza en productos naturales; su extensión, configuración y fronteras; sus salidas al mar o su incomunicación con él; las vías fluviales, el clima, etc., son elementos que imprimen su huella en el Estado ya directamente, ya de una manera indirecta, por las modificaciones que producen en los habitantes y que luego se reflejan en la organización del mismo. La centralización o descentraliza-

---

1 Son innumerables los libros sobre la materia. Para orientación y bibliografía y como trabajo más al alcance del lector español citaremos a "*Fundamentos de Sociología económico-cristiana*", del Académico de Ciencias Morales y Políticas, P. JOAQUÍN AZPIAZU. (Edit. bibliográfica española, Barquillo, 9. Madrid, 1950.)

ción, en no pequeña parte, afirma Jellinek, dependen de la extensión del territorio nacional y de las comunicaciones y lazos que unen sus diferentes partes. Las instituciones de los Estados que están enclavados dentro de un continente, han de ser diferentes de las instituciones de los Estados insulares.

No han faltado quienes han exagerado esta relación del elemento natural de la tierra con las instituciones y vida pública de los pueblos, hasta crear una nueva ciencia: la *Geopolítica,* y hasta afirmar que, en último término, es la naturaleza física la que las crea o modifica de una manera fatal; exageración evidente que más tarde tendremos ocasión de refutar.

12. Las fuentes del Derecho político. — Las fuentes del Derecho político unas son filosóficas y otras positivas.

La fuente filosófica, inmediata, es, sin duda, como indicamos antes, el *Derecho natural;* no faltan quienes definen el Derecho político diciendo que es el Derecho natural aplicado al Estado. Esa aplicación ha dado lugar a diversísimos y aun opuestos sistemas filosóficos. Los tratados doctrinales en que se exponen, son, por lo mismo, innumerables, tanto por su número, como por las distintas tendencias a que obedecen; tan distintas, que se hace imposible reducirlas a determinadas escuelas fundamentales. A ellas hemos de hacer frecuentes referencias en el curso de la obra.

La principal fuente positiva es la *ley;* y, entre las diversas leyes, la ley fundamental, que vulgarmente se llama Constitución. En los últimos tiempos ha adoptado la Constitución, en casi todos los países civilizados, la forma de un breve código. Tendencia sancionada por el hecho de que las nuevas naciones que se han formado en Europa a consecuencia de las guerras mundiales de 1914 y 1939, comenzaron su nueva vida por la promulgación, en forma de Código, de su Constitución política.

No es necesaria, sin embargo, la forma de código. Las normas fundamentales de la vida pública aparecen también dispersas en diferentes leyes, como en Francia, en las leyes constitucionales de 1875 y las leyes fundamentales del nuevo Estado español; y, en otras naciones, son meramente consuetudinarias, como gran parte de las de Inglaterra.

Complementarias de las leyes constitucionales son también otras de carácter político, como las leyes electorales, las de relaciones de las Cámaras legislativas, las de orden público, de imprenta, etc.

En nuestros días, las profundas variaciones que han tenido lugar en algunos países, han sido sancionadas con nuevas Constituciones escritas que derogaron las anteriores; como la nueva Constitución portuguesa de 1933, la francesa de 1946 y la italiana de 1947, la novísima de la Alemania occidental y las de nuevo tipo creadas por Rusia y sus países satélites de la Europa oriental, etc. Pero, en otras, dejando intacta la letra y vigencia del código político anterior, lo han ido modificando con leyes, órdenes e instituciones nuevas. Así en Italia, mientras teóricamente subsistía el Estatuto de 1848, de tipo liberal-democrático, la realidad del Estado corporativo fascista le fué desplazando, levantando a su lado prácticas, instituciones y órganos nuevos.

Entre las fuentes de carácter positivo, debe enumerarse la *costumbre*. Según Orlando,[1] la costumbre conserva en el campo del Derecho político una importancia práctica muy grande, debida a dos causas: una de ellas peculiar, según el ilustre tratadista, al Derecho público italiano, pero que pudiera tener aplicación también en otras legislaciones, como la nuestra; y la otra, de carácter general.

El Derecho político italiano se refiere a la Constitución de 1848, al revés de lo que ocurre con su Derecho privado que está ligado con una tradición no interrumpida al Derecho Romano; el derecho público italiano se ha inspirado, atropelladamente, en leyes de otros países, con lo cual, la legislación pública nació incompleta y en desacuerdo con el espíritu nacional; defectos, añade, que sólo puede remediar la costumbre.

La otra razón se funda en la naturaleza misma del Derecho político. Muchos de sus principios, quizá los más trascendentales, no se prestan a la rigidez concisa y absoluta de una fórmula práctica. Ha de ser la costumbre la que, poco a poco, según las circunstancias las vaya acomodando a la realidad de cada momento.

No faltan quienes hablan también de la *Jurisprudencia*, como fuente de Derecho político; incluyendo en ella tanto ciertas deliberaciones y acuerdos parlamentarios, como las decisiones de los tribunales de justicia. En la Constitución de los EE. UU. de Norteamérica, el poder judicial aparece investido de la misión de

---

1 *Principii di Diritto Costituzionale*, n. 55.

guardián de la Constitución, teniendo la facultad para denegar validez a acuerdos legislativos, si los juzgase incompatibles con la ley fundamental. Sistema que han copiado varios países modernos, creando los llamados *Tribunales Constitucionales* y *Tribunales de Garantías Constitucionales*. La jurisprudencia política, en este caso, tendría existencia y eficacia legal.

Libro Primero

EL ESTADO. SUS ELEMENTOS. SU ORIGEN

CAPÍTULO PRIMERO

Sumario: 1. El hecho natural de la sociedad humana. Cómo lo razona Francisco de Vitoria. — 2. Deducción fundamental: doble carácter individual y social de la persona humana y consecuencias jurídicas. — 3. Concepto de sociedad y breve análisis de sus elementos. — 4. Aberraciones de Hobbes y Rousseau sobre este punto. — 5. Diversas clasificaciones de sociedad. — 6. Descripción de la sociedad política o Estado. — 7. La idea de Estado y otros conceptos afines.

1. El hecho natural de la sociedad humana. Cómo lo razona Francisco de Vitoria. — Es un hecho indiscutible y universal el hecho de la sociedad humana. Es una realidad que se anuncia y se impone por sí misma, y como tal ha sido reconocida por todos, salvo rarísimas excepciones. Para testimonio del común sentir de todos, sirvan las palabras del eminente antropólogo Quatrefagues[1]: "Encontramos en todas partes a la especie humana reunida (organizada) en sociedades más o menos numerosas. Siempre, y salvo algunos casos excepcionales que se explican, de ordinario, por una divergencia violenta, esas sociedades están integradas de un número más o menos considerable de familias, y merecen el nombre, al menos, de pueblos."

De hecho tan universal y constante dedujo Aristóteles la consecuencia de que el hombre es animal político social, consecuencia a la que conduce también lógicamente el análisis de la naturaleza del hombre. Es, también, esta afirmación del dominio común en la esfera de la ciencia humana. Pocas autoridades científicas la

1 *L'Espece humaine*, 6.e édition, p. 327.

han puesto en duda. Todos nuestros autores la suponen en todas las obras que al hombre, de alguna manera, se refieren. Fray Francisco de Vitoria[1] después de exponer los pocos auxilios con que la naturaleza dotó al hombre aislado para proveer, por sí solo, a sus necesidades, la razona de la manera siguiente:

"Para atender, pues, a todas estas necesidades, fué menester que los hombres no anduviesen vagos y errantes por las soledades a modo de fieras, sino que, viviendo en sociedad, se prestasen mutuo auxilio."

"Por esta razón, advierte Aristóteles que no sin doctrina ni experiencia puede realizar el entendimiento lo que en la soledad es imposible. Y aun, por este título, parecemos inferiores a los brutos, porque éstos pueden conocer por sí las cosas que les son necesarias, mas no los hombres."

"Además, la palabra es nuncio del entendimiento y para este solo uso ha sido dada, conforme enseña Aristóteles, y, por ella sólo, es superior el hombre al resto de los animales; la cual sería inútil fuera de la sociedad, y así también si la sabiduría, si pudiera ser, estuviera sin la palabra, fuera ingrata e insociable."

"Por todo lo cual, muestra Aristóteles que el hombre es naturalmente civil y sociable."

"Pues la voluntad, cuyos ornamentos son la justicia y la amistad, es menester que sea deforme y como manca fuera de la sociedad humana; la justicia no puede ejercitarse sino por la muchedumbre, y tampoco la amistad, sin la cual (como dice Aristóteles en muchos lugares) no usamos ni del agua ni del fuego ni del sol, y sin la cual no hay virtud alguna, según la doctrina de Aristóteles; sin la comunicación de la vida todo perece."

"Y aun cuando constase que la vida humana se bastase a sí, no obstante, desplegada en la soledad, no podía menos de ser calificada de triste y seca; pues la naturaleza nada ama solitario, y a todos, como dice Aristóteles, nos arrastra a la comunicación. Si alguno, dice Cicerón, subiese al cielo y contemplase la naturaleza del mundo y la hermosura de los astros, le fuera desagradable toda la armonía aquella sin la amistad. Por lo cual, aquel Timón ateniense que por propia voluntad se apartaba de la comunidad humana, fué juzgado por Aristóteles de naturaleza inhumana y brutal, y tales hombres son contados entre las fieras..."

"Así, pues, como las humanas sociedades sean constituídas para

---

1 *Reelección de la potestad civil.* Primera proposición. Edición de Luis G. Alonso Getino. Madrid, 1934.

este fin, a saber, que nos ayudemos los unos a los otros a llevar las cargas, y entre todas las sociedades es la sociedad civil la en que más cómodamente atienden los hombres a sus necesidades, síguese que la comunidad es una naturalísima comunicación conformísima a la naturaleza, pues aun cuando en familia se prestan los hombres mutuos auxilios, no se basta a sí propia cada familia, principalmente para rechazar toda violencia e injuria..."

"Es, pues, muy claro que la fuente y origen de las ciudades y repúblicas, no es invento de los hombres, ni artificio, sino cosa salida de la naturaleza, la cual, para tutela y conservación de los mortales, sugirióles ese recurso..."[1]

En estas fundamentales palabras del eximio maestro está contenida la opinión común y la única conforme a la razón, que explica la sociedad humana y aun la sociedad civil. Esa explicación sólo nos la da la naturaleza humana, y se manifiesta en un hecho universal y constante, en el don de la palabra, en necesidades e inclinaciones imposibles de satisfacerse de otra manera, en la perfectibilidad del hombre.

2. Deducción fundamental: Doble carácter individual y social de la persona humana, y consecuencias jurídicas.[2] — La personalidad individual del hombre salta a la vista y se ofrece a nuestra observación adornada con el cortejo natural de prerrogativas propias e inalienables.

Pero el carácter social humano no es menos evidente, ni se impone con menos fuerza a nuestra comprensión. Porque el hombre siente una inclinación invencible a la vida social, puesto que en ella y sólo en ella encuentra los medios para dar satisfacción a sus necesidades y anhelos legítimos. En el contacto y vivir común con los demás hombres, encuentra el ambiente y los medios indispensables para su defensa, progreso y perfeccionamiento.

De aquí este gran principio político, preñado de transcen-

---

1 Puede verse, también, SAAVEDRA FAJARDO: *Introducciones a la Política y razón de Estado de D. Fernando el Católico*, l. I, c. I; y MÁRQUEZ: *El Gobernador cristiano*, l. I, c. II.

2 T. MEYER: *Institutiones juris naturalis*, t. I, p. 1.ª, sec. 2.ª, cap. II; J. LECLERCK: *Leçons de Droit Naturel*, I (3.ª edición), cap. IV. Louvain, 1947; T. MORSTEIN: *Foreign Governments*, p. 1.ª, cap. I (New York. Prentice Hall, Inc. 1950).

dentales consecuencias: el doble carácter de la persona humana en la que se descubren su naturaleza individual y social que mutuamente se distinguen y se completan. Doble naturaleza que no es hija del capricho humano, ni de la ley positiva, ni depende de nuestra libertad, sino que tiene sus raíces en la misma entraña de nuestro ser; y que, por lo tanto, ha de tener sus exigencias y obligaciones ineludibles. Habrá, pues, derechos y obligaciones individuales y sociales, llamados estos últimos así, porque tienen por objeto la sociedad y sus miembros.

Y porque esta cualidad proviene de la misma naturaleza, a ella hemos de acudir para que nos enseñe la manera con que estos derechos y obligaciones se traban entre sí en armonioso acoplamiento y nos dé las normas de un ordenamiento jurídico propio de toda jerarquía. Para el establecimiento de esta jerarquía, nótese en primer lugar, que la sociabilidad humana y la sociedad tienden por su propio impulso al bien y perfeccionamiento de la persona individual. Porque las personas individuales van a formar la familia y se reúnen en un municipio y se agrupan en distintas asociaciones y se constituyen en naciones y Estados, por las ventajas que en estos ayuntamientos logran y que no encuentran ni pueden encontrar en un aislamiento y vida estrictamente personal. La defensa propia, los servicios comunes, los instrumentos poderosos, los auxilios mutuos que una sociedad asegura y reúne por el esfuerzo propio y acumula por la herencia son tan grandes, tan varios, que el individuo, por instinto natural de vida y progreso, se lanza a buscarlos y aprovecharse de ellos. De ahí lo ingénito que es al individuo, como principio vital de su propio ser, la sociabilidad, y lo inexcusable de que le compete el derecho de asociación, uno de cuyos brotes y frutos naturales es la sociedad-Estado. De aquí la profunda verdad que encierra el axioma tan respetado desde muy antiguo y la falsedad que entrañan axiomas contrarios que sacrifican totalmente el hombre a la sociedad.

Cierto que los Estados, en sus oscilaciones históricas, se forman y se rigen y se dejan guiar por principios opuestos. Así algunos Estados, hoy en día, han adoptado este último criterio como principio de régimen social y regla de su vida y desenvolvimiento. Y parece que este punto de vista vienen a persuadirlo, además de la innata sociabilidad humana, las innumerables cargas que los Estados modernos legítimamente imponen a los individuos en materia fiscal, social, militar, etc., hasta llegar a veces a exigir el sacrificio de la vida. Sin embargo, no es así. Esas cargas y sacrificios, cuando son justos, no prueban que la persona ha de vivir subordinada en todo al Estado, sometida a su absoluto servicio; como tampoco es cierto que el hom-

bre pueda desligarse completamente del Estado, reclamando absoluta libertad e independencia de él.

Para resolver la aparente antinomia con que parecen chocar entre sí, por una parte la independencia personal humana y por otra la ineludible necesidad de la vida social, conviene recordar que el fin del Estado es, sin duda (y como lo hemos de ver más abajo), procurar y promover el bien de la sociedad. Pero ese bien común es el bien de las personas que la constituyen y son miembros de ella, y no es el bien de la entidad abstracta que la inteligencia humana se forja para representar idealmente los consorcios humanos, ni siquiera la persona moral que de la unión de los individuos nace, en cuanto es tal, y se le quiera distinguir y separar de los individuos mismos.

Y ese bien común lo promueve la sociedad, no tomando a su cargo directamente el bienestar de cada individuo, proveyendo a sus necesidades, sino con una ordenación jurídica que tienda a reconocer y amparar los derechos individuales y con el establecimiento de ciertas condiciones generales, dentro de las cuales, las personas mismas con su propio esfuerzo y trabajo, socialmente ordenado, logren labrar su mayor bienestar y perfeccionamiento. Por eso, la acción directiva del Estado ha de enderezarse a la defensa de los derechos individuales de la persona humana y a encauzar y regular el libre desenvolvimiento de sus facultades, energías e iniciativas. Como que ésa es la causa, lo repetimos, por la que el hombre, guiado por el instinto natural de la vida progresiva, sale de su aislamiento personal, se acoge a los consorcios sociales y se somete a su reglamantación; porque en esos consorcios sociales, con la unión, inteligencia y protección mutuas encuentra mayor seguridad para su persona, más firme apoyo para sus trabajos y más desembarazada libertad para sus iniciativas. Y, no contento con la unión familiar, busca más amplios y variados consorcios, hasta llegar al Estado. Más aún: cada día barrunta la inteligencia como más factible, y ansía con más ahinco, la unión humana y colaboración internacional, a la que le arrastran su inclinación y sus necesidades y a la que con más apremio le invitan las facilidades y progreso de la mutua comunicación.

Ahora bien, la seguridad, el mutuo apoyo, el ordenado movimiento de energías no se logran sin una reglamentación, a veces rígida, que, al ordenar, impone limitaciones a nuestra originaria libertad, y al encauzar actividades, las cohibe, imponiendo sacrificios personales.

Precisamente, la equivocada interpretación del alcance de esas limitaciones y del sentido de esos sacrificios y también la abusiva práctica de no pocos que confunden la dirección guber-

nativa con la opresión, han dado lugar a que, a veces, se erijan regímenes de fuerza, violadores de derechos personales, y se proclamen teorías erróneas sobre el alcance y finalidad de instituciones humanas tan fundamentales como el Estado.

La mayor parte de las veces, son circunstancias históricas nacidas por pertinaces errores y prolongados abusos las que preparan el terreno para aceptar y aun desear situaciones legales de violencia, como único medio de librarse de peores estragos, de anarquías destructoras. Al punto vienen las teorías adecuadas para su defensa y justificación racional. Pero téngase presente que sólo serán limitaciones legítimas de los derechos personales y familiares, las requeridas por el ordenado desenvolvimiento social y florecimiento del bienestar y progreso común. Lo que rebase esa barrera, será coacción ilegítima y mutilación injusta de la personalidad humana, para cuyo mayor realce y valoración se constituyen las sociedades y el Estado.

Conste, pues, que la sociedad es para el hombre y no el hombre para la sociedad; y conste también que el hombre va a la sociedad llevado por una fuerza ingénita que no puede eludir, puesto que nace de la entraña misma de su ser que ansía seguridad, bienestar y perfeccionamiento.

3. Concepto de sociedad y breve análisis de sus elementos. — La sociedad humana, tomada esta palabra en sentido amplísimo, no es sino "unión moral y constante de varias personas que cooperan con sus esfuerzos a la consecución de un fin común y honesto". En ella encuentra el análisis racional más somero las siguientes notas o elementos esenciales:

1) *Pluralidad de personas o seres racionales*, que forman como la base, o, en lenguaje escolástico, la materia de la sociedad. Los seres no racionales no son capaces de sociedad, tal como la forman los hombres, en la que, como aglutinante, entra la comunión y convergencia moral de entendimiento y voluntades. Las agrupaciones animales que, de alguna manera, imitan la comunidad humana, giran en otra esfera esencialmente distinta, cual es la del instinto y conocimiento sensible. Aplicarles el nombre de sociedad es impropio, e identificarles en el concepto y esencia sería absurdo.

2) *Unión moral y constante de esas personas.* El sentido común y filosófico nos presenta esa unión como indispensable en

la sociedad, puesto que ella es la que la forma. Unión moral significa la que se realiza por medio de vínculos, no de carácter físico, sino moral; es decir, con el entendimiento y la voluntad, el conocimiento y el deseo de un mismo fin que se pretende conseguir, y el empleo de los medios convenientes para conseguirlo. La unión meramente física (la aproximación material y local), cuando existe, no hace la sociedad, ni, cuando falta, es indispensable para la unión social que se realiza entre ausentes.

El vínculo que realiza la unión propia de toda sociedad, la unión de inteligencias, voluntades y esfuerzos, es la unidad de fin que concibe el entendimiento y acepta la voluntad. Entrambas facultades, como consecuencia de esta aceptación, dirigen su actividad y las de las demás fuerzas y energías humanas hacia él, dando lugar a la cooperación de todos los miembros en el grado y forma que la naturaleza del fin y su aceptación lo determinen.

Este fin a que aspiran los miembros de la sociedad, tiene que ser honesto. La cooperación a un fin ilícito sólo puede existir de hecho; nunca será jurídica, es decir, engendradora de derechos y obligaciones. Repugna a la naturaleza el derecho al mal y la obligación de realizarlo; por eso se consigna en el *Digesto*[1] que si "*maleficii societas coita est, constat nullam esse societatem*". En este mismo principio se fundan las leyes de asociaciones, cuando mandan a la autoridad gubernativa suspender la Constitución, y a la judicial decretar la disolución de toda sociedad, de cuyos estatutos o actos se deduzca que aspiran a la realización de un fin ilícito.

3) *Un principio interno y director: la autoridad.* La necesidad, en toda sociedad, de una autoridad, es decir, de un principio interno a la sociedad, suficientemente poderoso y eficaz, para obligar a los miembros que la forman a la realización de los actos necesarios para conseguir el fin propuesto, es evidente.

Aparte el hecho universal, que nos presenta ese elemento en todas las agrupaciones sociales humanas, la naturaleza misma del hombre y los fines de la sociedad la reclaman ineludiblemente; porque sin ella toda sociedad se disolvería en la anarquía. La diversidad de los individuos, intelectual y moral; la oposición de intereses personales y con el fin común; las deficiencias físicas y éticas, engendran en el seno de toda reunión de hombres multitud de tendencias diversas y aun opuestas; tendencias que se re-

1 XVII, tít. II. *Pro socio*, c. 57.

fieren a la concepción del fin, a los medios para conseguirlo, a la forma y oportunidad de utilizarlos. Y esa variedad, imposible de evitar entre hombres, necesita de una fuerza suficiente para que la reduzca y ciña al cauce único de una acción fecunda y común. Además, toda actividad social, aunque una y simple en sí, debe ser, en sus actos y funciones, múltiple y varia; y la conveniente distribución de esas funciones en los distintos miembros de la sociedad, no se consigue sin una ley y dirección indivisa. Esa ley y fuerza directora es la autoridad.[1]

4. Aberración de Hobbes y Rousseau sobre este punto. — Contra la afirmación fundamental contenida en las anteriores líneas, es decir, la existencia, por ley de la naturaleza, de la sociedad humana, puede decirse que no han protestado más que dos escritores de alguna nota en la república de las ciencias sociales y políticas: Hobbes y Rousseau. Ambos han afirmado que el estado natural del hombre no es la sociedad.

Pero ni Grocio, ni Puffendorf, que hablan de un pacto que da origen a las sociedades políticas; ni mucho menos la gloriosa escuela clásica de nuestro siglo de oro, que supone que el consentimiento, más o menos explícito, de los ciudadanos dió origen inmediato a la sociedad y determinó el asiento y límites de la autoridad, ponen en duda la sociabilidad natural del hombre. Esta escuela parte, en este punto, del principio propuesto ya como axiomático por Aristóteles, de que el hombre es un *animal político;* y los demás, al hablar de pactos, se refieren a los que juzgaban indispensables para la formación de sociedades civiles *determinadas.*[2]

La teoría de HOBBES está expuesta en sus libros *De cive, De corpore político* y *Laviathan.*

La filosofía política de Hobbes era netamente materialista.[3]

---

1 Véanse estas consideraciones, profundamente expuestas, en nuestros autores, como SUÁREZ: *Def. fidei,* l. III, c. I y *De legibus,* l. III, c. I.

2 Véase, p. e., PUFFENDORF: *De jure naturae et gentium,* en el c. II del l. II, en que refuta a Hobbes.

3 MEYER: *Institutiones Juris naturalis,* Sec. II, l. I, c. II, art. I; JUAN BENEYTO: *Historia de las doctrinas políticas,* pp. 31, 405. Madrid, Aguilar, 1948; WILLIAM ARCHIVALD DUNNING: *A History of political theories, from Luther to Montesquieu,* c. VIII. New York. Macmillan, 1923; JEAN J. CHEVALIER: *Les grandes œuvres politiques. De Machiavel a nos jours,* p. 52. A. Colin, París, 1950.

El bien y el mal no son otra cosa que el placer y el dolor. Lo que nos repugna es el mal, y lo que nos agrada es el bien. Tenemos el derecho de procurarnos el bien y de huir del mal; nuestra conservación y nuestra muerte son nuestro mayor bien y nuestro mayor mal.

Ahora bien, el hombre primitivo que comenzó a vivir en un estado natural de aislamiento, se encontró guiado por dos instintos: por el egoísmo, que le inclinaba a apoderarse de todo lo que fuera útil, creyéndose, por otra parte, con derecho a cuanto le podía servir de algo; y por el ansia de su conservación. Pero, reputándose todos los hombres iguales en naturaleza y con el mismo derecho, resultaba la guerra de todos contra todos, como el estado natural de la humanidad: *Homo, homini lupus.*

"La naturaleza[1] concedió a todos derecho a todas las cosas; es decir, en el estado de mera naturaleza, o sea, antes que los hombres mutuamente se obligasen con pactos, era a cada uno lícito hacer lo que quisiese y contra cualquiera; podía lícitamente poseer, usar, disfrutar de todo como mejor le pluguiese y alcanzase. De hecho, empero, no podía disfrutar por el vecino, que, con el mismo derecho y con la misma fuerza, pretendía gozar de lo mismo; de aquí la guerra..."

Pero el mismo nativo impulso de su conservación, el miedo y el egoísmo, inspiró a los hombres el medio de salir de ese estado natural que no les convenía. Ese medio fué un pacto y convenio mutuo, por el que todos renunciasen a todas las cosas, todos menos una persona individual o colectiva, que conservaría su derecho ilimitado, y podría disponer de todas las cosas y de todos para el bien general, sin que ninguno pudiera resistirle. He aquí el origen de la sociedad y de la autoridad.

ROUSSEAU.[2] — Sus ideas sobre el origen de la sociedad se encuentran en sus dos obras: *Discurso sobre el origen y fundamento de las desigualdades de los hombres* y *El contrato social.* Con singular modestia exclama Rousseau en la introducción de su *Discurso...*: "Oh hombre, de cualquier religión que seas y sean cuales fueren tus opiniones, escucha: ve aquí tu historia, tal cual he creído leerla, no en los libros de tus semejantes, que

---

1 *De cive*, 1-10, II.

2 DUNNING, op. cit. *From Rousseau to Spencer*, c. I; JUAN BENEYTO, op. cit., p. 283; JEAN J. CHEVALIER, op. cit., p. 142. Colin, París, 1950.

son engañosos, sino en la naturaleza, que no miente jamás..."

Afirma Rousseau que el hombre comenzó y vivió largos años en un estado salvaje de aislamiento, como las bestias. "Tal cual ha debido salir de las manos de la naturaleza, no veo (en el hombre) sino un animal más débil que los unos, y menos ágil que los otros; pero, en todo caso, organizado con ventajas muy superiores a todos; ya le veo saciando su hambre al pie de una encina, apagando su sed en el primer arroyo, y hallando su lecho al pie del mismo árbol que le había suministrado su alimento".[1]

En esta primera época, los hombres carecían de lenguaje, de uso de razón y de la idea de moralidad de sus acciones. Pero tenían dos propiedades: la libertad de ceder y la facultad de perfeccionarse; y, por ellas, pasaron a otro segundo estadio, más feliz al principio, pero que ocasionó su mayor desgracia.

Con estas dos facultades, ayudados de circunstancias fortuitas, sin las cuales hubiera vivido la humanidad eternamente en su condición primitiva, desarrollaron la inteligencia, inventaron la palabra y comenzaron a distinguir la moralidad en los actos humanos. Esta segunda época, dice Rousseau, debió de ser la más feliz y duradera, y de ella no debió de salir el hombre sino por un funesto azar que, para bien común, no hubiera debido sobrevenir. Este acontecimiento fatal fué la invención de la agricultura y de la metalurgia.[2]

Estas dos artes engendran la propiedad territorial, y la desigualdad, la riqueza y la pobreza, y, con ellas, las rivalidades, los odios, el desorden y la guerra. "El género humano envilecido y desolado no podía retroceder, ni renunciar a las infaustas conquistas que había hecho, y no trabajando más que en su deshonra, con las mismas facultades que le distinguen, se puso por sí mismo al borde de la ruina" (Ibíd.).

Para librarse de ella, pensaron los hombres en asociarse, en vez de combatirse. ¿Cómo asociarse sin perder la libertad? De este modo.

"Cada uno renuncia a sí mismo y a sus derechos en favor de la comunidad. De esta manera, entregándose cada uno a todos, no se entrega a ninguno; y, como no hay asociado sobre el cual no adquiera uno el mismo derecho que cede sobre sí mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y, además, la fuerza para conservar lo que cada uno tiene."[3]

---

1 *Discurso...* Primera parte.
2 *Discurso...* Segunda parte.
3 *Contrato social*, l. I, c. VI.

El primer grupo de hombres que consintió en este pacto, formó la primera sociedad civil, que, a su vez, hizo indispensable la formación de otras y otras; y, de este modo, al primitivo estado de naturaleza sucedió el de sociedad.

La primera prueba de la futilidad de estas teorías nos la proporciona el mismo Rousseau, cuando, en la introducción de su *Discurso*..., nos dice que propone esta hipótesis del estado natural del hombre, no como un hecho cierto o probable que hubiese tenido realidad en algún tiempo, sino como un razonamiento hipotético y condicional, "muy parecido a aquellos que hacen diariamente nuestros físicos acerca de la formación del mundo".

Ahora bien, esa hipótesis es falsa históricamente, y absurda filosóficamente; no es, por lo mismo, apta para aclarar ni explicar nada razonablemente. Es falsa históricamente, porque las investigaciones humanas de ese género y los documentos que poseemos, indican todo lo contrario: que el hombre siempre ha vivido en sociedad. Es absurda filosóficamente, porque los datos hipotéticos, escogidos por ambos autores, están en abierta oposición con lo que el análisis racional del hombre nos enseña sobre la naturaleza humana, como lo vimos al recordar las palabras del eximio Vitoria, que copiamos al comenzar estas líneas.

Sin embargo, algunos tratadistas, para sostener la teoría rusoniana, recalcan esa misma idea, añadiendo que no se trata de ningún hecho histórico que haya acaecido ni siquiera probablemente, sino más bien de una explicación filosófica; con lo que parece que quieren salir al paso de la refutación del sistema, que se ofrece obvia, con la sencilla consideración de que se trata de una fantasía desprovista de todo valor real.[1]

Pero esa observación, lejos de atenuar, agrava más la falsedad intrínseca del sistema y de las consecuencias trascendentales que de él se ha pretendido derivar. Porque es lo cierto que de esa hipótesis falsa y absurda, a la que ahora se trata de proponer bajo el manto de

---

1 Véase p. e. ESMEIN: *Elements de Droit constitutionnel français et comparé*... 7.ª ed. 1927, P. 1.ª, Tít. II, c. II. Además, Esmein incurre en una lamentable confusión, cuando afirma que la hipótesis de Rousseau la admitían aun los teóricos anteriores (a la escuela de Derecho natural), legistas y teólogos. Y aun su confusión es mucho mayor, cuando trae a cuento el estado de inocencia de nuestros primeros padres, la compara a las fantasías de la edad de oro de la antigüedad clásica, y cree que ambas cosas son una forma, otra forma de la teoría de Rousseau.

una hipótesis filosófica, se quiere hacer base y fundamento para erigir sobre él un sistema político, cuya quinta esencia está contenida en el "Contrato social", sistema que trata de explicar el origen y naturaleza de la sociedad y de la autoridad, y, por lo tanto, explica y fundamenta la organización misma del Estado, el carácter, atribuciones y límites de la soberanía. A eso, por lo tanto, en último término, se reduciría el fundamento y garantía de todos nuestros derechos y obligaciones y de toda la trama social.

Por lo mismo, y como advierte Bluntschli, el sistema es también peligroso y anárquico. "La doctrina del contrato es peligrosa, haciendo del Estado un producto arbitrario; haciéndole movible con las voluntades del momento, suprime la noción de derecho público y entrega a la sociedad a la inestabilidad y a la perturbación. Es más bien una teoría anárquica, que de derecho público."[1]

Lo verdaderamente extraordinario es que, sobre una hipótesis de esa naturaleza, se haya podido levantar un sistema político que tanta cabida ha tenido en Tratados científicos, y que haya influído, de hecho, en la vida pública de tantos pueblos; cuando, atendiendo a su valor real, debía haber quedado olvidada en el archivo de la historia o catalogada entre las novelas sociales más o menos entretenidas.

5. Diversas clasificaciones de la sociedad. — De las consideraciones que hemos hecho en las páginas anteriores, se desprende que el hombre, no sólo ha vivido en sociedad, sino que la sociedad es su ambiente natural, fuera del cual no puede vivir, porque a ella le destinan y le empujan el don de la palabra, sus inclinaciones naturales, sus conveniencias y sus necesidades. O, en otras palabras, es apto para la sociedad, se siente inclinado a ella, y de ella necesita para su conservación y seguridad, para el desarrollo de sus aspiraciones y aptitudes innatas y legítimas.

Pero estas necesidades sentidas por el hombre en grado más o menos apremiante, sus múltiples conveniencias, al mismo tiempo que su libertad de acción y su inclinación, aunque en el fondo y genéricamente irresistible, muy elástica en los pormenores de la aplicación, de tal forma se combinan en la práctica, que dan lugar a mucha variedad de sociedades, en cuanto a las personas que las forman, objeto a que tienden, necesidades de su existencia, origen inmediato, tiempo de duración, etc.[2]

Así, puede decirse que todos los hombres forman una espe-

---

1 *Derecho público universal*, t. I, IV, c. IX-IV.
2 MEYER: *Institutiones Juris aturalis*, t. I, n. 388.

cie de sociedad que rectamente se denomina sociedad universal, porque abarca a todos los hombres que aspiran a un fin común genérico: la prosperidad y felicidad humanas, y que sienten la dirección eficaz de un mismo legislador supremo, manifestada en la voz de la ley natural, grabada en la conciencia de todos, y que, en algunas líneas generales, ha sido aceptada y aun sancionada, de manera positiva, por las costumbres y convenciones de los Estados. La Sociedad de Naciones instalada en Ginebra, y la novísima "Organización de Naciones Unidas" (ONU) son hijas de esta aspiración humana, pero nacieron empequeñecidas y deformes por culpa de sus progenitores.

A esta sociedad es a la que, con clarividencia admirable, se refieren Vitoria primero,[1] de una manera general, y luego, con mayor precisión y seguridad, el eximio Suárez,[2] cuando decía: "Porque el género humano, aunque dividido en varios pueblos y reinos, siempre conserva cierta manera de unidad no sólo específica, sino política y moral, como lo indica el precepto natural del mutuo amor y misericordia, que se extiende a todos, aun a los extraños de cualquier nación que sean. Por consiguiente, aunque cada ciudad perfecta, república o monarquía, sea por sí misma una verdadera comunidad política con ciudadanos propios; sin embargo, cada una de ellas es también, en alguna manera, miembro de este universo que abarca todo el género humano, porque nunca tales comunidades aisladamente se bastan a sí mismas, de tal modo, que no necesiten de cierto auxilio, asociación o comunicación, a veces para su mayor bienestar y utilidad, a veces para la satisfacción de sus necesidades y aun indigencias del orden moral; así lo acredita la experiencia.

Y, siendo esto así, necesitan algún derecho por el cual se dirijan y gobiernen rectamente en este linaje de comunicación y asociación. Y por más que, en gran parte, satisface esta necesidad el derecho natural, sin embargo, su eficacia ni es suficiente, ni de inmediata aplicación para todo; y, por lo mismo, bien pudieron, por el uso de las mismas naciones, introducirse ciertas normas jurídicas especiales. Porque, así como en una sociedad y provincia dada, la costumbre llega a inducir nuevo derecho, así también, mediante la costumbre de todas las gentes o naciones, pudo implantarse el derecho que liga a todo el género humano. Tanto más cuanto que la materia del derecho internacional (Jus gentium) es poco extensa y muy allegada al derecho

1 *Relectio de potestate civili*, n. 21.
2 *De legibus*, l. II, c. 19, n. 9.

natural y que fácilmente se puede de él deducir, y, por ende, útil y conforme a la naturaleza; de manera que, si bien la deducción no es evidente (y por su mismo carácter necesaria) para constituir la honestidad y moralidad, al menos es muy conveniente a la naturaleza humana y aceptable a todos los hombres".[1]

A esta sociedad universal se opone la particular, formada por limitado número de hombres y para un fin concreto y determinado, v. gr. una sociedad literaria.

Bajo otro aspecto, las sociedades pueden ser *necesarias* o *voluntarias*. Son necesarias, aquellas que se fundan en alguna ley de la naturaleza, o en voluntad expresa del Autor de la misma; ley y voluntad, a las que no puede sustraerse el arbitrio humano, al menos en cuanto a la constitución esencial y normas fundamentales.

Así, la sociedad conyugal, impuesta por necesidad y ley interna de la naturaleza. Podrá ser libre en algunos aspectos, como en la elección concreta de las personas que se unan en determinados matrimonios; pero la existencia de las sociedades conyugales, su fin, las normas fundamentales a que está sometida su vida, están ya señalados por la ley natural, que el arbitrio humano, ni individual, ni social, pueden derogar, ni cambiar en su esencia. Como ejemplo de sociedad necesaria, fundada en la voluntad positiva de Dios, puede presentarse la Iglesia, cuya existencia, organización y destino determinó de antemano Nuestro Salvador en los Evangelios.

Sociedad *voluntaria*, es la que, en su existencia, depende en absoluto del libre arbitrio de los hombres, v. gr. una sociedad comercial. Y como la libre voluntad le dió el ser, así el pacto, en que se manifiesta esa voluntad, señalará las leyes de su vida, susceptibles de cambios aun esenciales, al tenor del origen mismo de la sociedad.

El fin de la sociedad y los medios de que dispone para conseguirlo, nos darán la clave de otra división importantísima en nuestro estudio. Hay agrupaciones de hombres que han sur-

---

1 La tendencia a la formación de sociedades más amplias cada vez, se ha acentuado grandemente en estos últimos tiempos. De ello hemos de hablar en lugar oportuno. Algunas de tipo regional aún subsisten, como la Unión panamericana; otras, de pretensiones más universales, como la fracasada Sociedad de Naciones de Ginebra, y la Organización de Naciones Unidas (ONU).

gido, en el tiempo, no para obtener un fin concreto determinado, sino para conseguir todos los fines humanos, en general, sin excluir ninguno. Y si, además, esa agrupación cuenta con la suficiencia indispensable de medios para conseguir, al menos en cierta medida y grado, el fin genérico social, se denominará *sociedad completa intrínsecamente.* En este sentido, son completas la sociedad doméstica y la sociedad civil; ambas tienden a conseguir el fin humano, sin excluir ninguno, si bien la sociedad doméstica en un estadio inferior y ciñéndose al grado de perfección individual, y la civil, en el aspecto social, más genérico y en grado de perfectibilidad superior al que puede aspirar la humanidad.

Si la sociedad completa intrínsecamente está regida por una autoridad soberana, independiente en su género, se eleva a la categoría de *sociedad completa extrínsecamente,* o, como otros la llaman, sociedad perfecta. Claro está que esa soberanía e independencia, como todas las humanas, es relativa, puesto que está sometida a las normas que el Autor de la naturaleza impone a todo organismo creado, grabándolas en el seno mismo de su constitución esencial y en sus fines. En nuestro caso, la razón natural, en la naturaleza del Estado y de la soberanía y en sus fines respectivos, hallará esas normas limitativas.

Se dividen también las sociedades en *temporales* y *perpetuas,* palabras que por sí mismas se explican.

La sociedad es también *simple* o *compuesta,* según se componga inmediatamente de personas físicas o morales. La primera se llama también *atómica;* puede servir de ejemplo la sociedad conyugal. La compuesta, que recibe además el nombre de *orgánica,* es, por ejemplo, la sociedad civil, formada inmediatamente de familias, municipios, etc.

6. Descripción de la sociedad política o Estado. — Para nuestro propósito, y acercándonos ya al objeto inmediato de nuestro estudio, entre las diversas clases de sociedades humanas, se nos ofrece una, la sociedad política o Estado, con caracteres claros y definidos que la distinguen de las demás; caracteres aceptados generalmente por todos los tratadistas, si bien su explicación filosófica haya dado lugar a una copiosa literatura de teorías y sistemas los más diversos. En efecto, en la sociedad política, distinguimos una población, es decir, una reunión de

familias o agrupaciones humanas asentada, de ordinario, en un territorio fijo; con una autoridad suprema e independiente; y en la que todos cooperan mutuamente a la consecución de los fines humanos. Es, pues, una sociedad completa y perfecta y natural y necesaria.

Es *completa* y *perfecta,* en el sentido que acabamos de definir esas sociedades; puesto que es una sociedad organizada para obtener todos los fines humanos; y es, además, soberana e independiente, porque está regida por una autoridad que no tiene superior en la tierra.

Se entiende superior humano y en lo temporal. Porque la sumisión a otra autoridad divina representada o por la ley natural o por la ley positiva (si existe) se presupone en toda entidad creada con relación al Creador. Pero otra superioridad, como una supranacional, que se concibe puede existir, no sólo como posible, sino conveniente y provechosa, aún no ha cuajado en la realidad positiva.

Es *sociedad natural y necesaria:* en primer lugar, porque eso se desprende del hecho de que la humanidad ha estado siempre, y está ahora, dividida y como repartida en esa clase de asociaciones. Y es que la inclinación natural que el hombre siente a vivir en sociedad — de que hemos hablado antes — no se sacia en la familia; porque en ella no encuentra, ni puede encontrar, la satisfacción plena de sus aspiraciones; ni la garantía de seguridad, respecto de su conservación y perfeccionamiento.

Esas sociedades que, atendiendo a varios caracteres, se han llamado pueblos, naciones, reinos, repúblicas, imperios... en el tecnicismo científico moderno, se designan, con preferencia, con las denominaciones de sociedad civil, sociedad política, Estado. Sin embargo, para algunos, la única denominación propia es la de sociedad política. La sociedad civil, de por sí (dicen), sólo indica una asociación de familias, de grupos que conviven para conseguir los fines sociales, pero hecha abstracción (al menos mentalmente) de un poder supremo que la rija y de los lazos jurídicos que engendra.

La sociedad política, en cambio, indicando aquella población y asociación de familias y grupos, entraña, además y especialmente, la idea de la autoridad suprema que la rige y organiza jurídica y políticamente, para la tutela del derecho y demás fines del Estado.

La palabra Estado indica lo mismo que sociedad política. Pero tiene, además, otros sentidos más restrictivos. A veces, aunque rara-

mente, significa territorio o país; y otras significa sólo el poder, la autoridad política que rige la sociedad.

Sin embargo, sin mengua ni de la claridad ni de la precisión, las palabras sociedad política y Estado pueden emplearse como sinónimas.[1] En los casos particulares en que la palabra Estado se tomase en sentido más restrictivo, lo indicará el sentido general de la frase.

Ahora bien: el estudio analítico de cada uno de los elementos de la sociedad política (población, territorio, autoridad) nos proporcionará los datos necesarios para resolver los problemas fundamentales que aspiran a explicar la naturaleza y fines del Estado; lo que nos abrirá el camino para deducir las funciones, las formas y actividad del mismo.

7. La idea de Estado y otros conceptos afines. — Para evitar confusiones, conviene recordar el distinto significado y alcance que se da, modernamente, a las palabras *población, pueblo, nación* y *Estado.*

Población abarca a todos los individuos que, en un momento dado, viven dentro del territorio de un país o Estado determinado. En España, por ejemplo, al lado de los españoles, conviven muchos extranjeros súbditos de otras naciones.

Pero la palabra *pueblo* implica un conjunto de individuos, no tanto porque habitan en un determinado territorio, cuanto porque están unidos entre sí por una organización particular que los constituye en una unidad jurídica, que se mantiene y se trasmite de generación en generación, y que vive al presente y ha vivido y que a de vivir en determinado territorio. Por eso, no forman parte de un *pueblo* los que, aun viviendo en el mismo territorio, son súbditos de otro Estado; mientras pueden pertenecer a él otros que vivan en territorio de otro país. Son españoles y forman parte del *pueblo* español personas que viven en Norteamérica o Inglaterra.

Tampoco el concepto de *pueblo* se identifica con el de *nación.* Se suele decir que el de *pueblo* es un concepto político y jurídico; porque los individuos que lo integran, unidos entre sí por vínculos jurídicos, forman una unidad política; por ejemplo, todos ellos viven sometidos a las mismas leyes constitucionales. En cambio una *nación* representa una unidad étnica o histórica de individuos ligados entre sí por lazos de la misma

---

1 ORLANDO: *Principii...* nn. 4 y 5; ORBAN: t. I, n. 83.

raza, o lengua, religión, historia. Pueden coincidir los vínculos étnicos e históricos con los jurídicos, y tendremos entonces *un pueblo* o *Estado nacional.* Pero pueden no coincidir, y tendremos estonces *pueblos* o Estados que contienen varias nacionalidades, como Suiza y la moderna Yugoeslavia; o naciones que se dividen en varios *pueblos* o Estados: la nación alemana esparcida en varios *pueblos* y Estados: bávaro, prusiano, sajón...

No se olvide que, en documentos públicos y en el lenguaje técnico y vulgar se usan con frecuencia como sinónimos los vocablos *nación, Estado* y aun *pueblo*: la Sociedad de *Naciones,* la Organización de *Naciones* Unidas, el Derecho *Internacional,* son Uniones y Sociedades y Derecho interestatales. Así se habla, indistintamente, del Pueblo español, la Nación española y el Estado español. Aunque, estrictamente, la palabra *Estado* signifique la organización política de un pueblo: los órganos supremos que lo gobiernan.

El contexto del pasaje en que se empleen esas palabras, indicará claramente el sentido en que deban tomarse. Sin perjuicio de que, en lugar oportuno, nos adentremos en el análisis del sentido propio de alguna de ellas — de la palabra *Nación* — sentido que ha servido de base para la existencia de determinados derechos políticos. (Lib. IV: *Formas de Gobierno.* Cap. VII.)

CAPÍTULO SEGUNDO

SUMARIO: 1. Origen de la sociedad política. — 2. El origen inmediato fundamental sólo puede ser el consentimiento tácito o expreso de los miembros de la sociedad. — 3. Algunas hipótesis históricas: Fustel de Coulanges, Post. — 4. Opinión de Vareilles Sommières sobre el origen de la sociedad política. — 5. Errores de Rousseau sobre este punto. — 6. Indicación de otras teorías: teoría orgánica, de la fuerza, de Kelsen, de Haller.

1. Origen de la sociedad política. — El elemento material de todo Estado, la población, es consecuencia de la multiplicación humana, que tiene lugar por la ley de naturaleza que Dios imprimió en el hombre y que éste siente como verdadera necesidad de su ser.

En la forma y condiciones en que se efectúa esa multiplicación, aparece ya la primitiva organización humana que, en su ulterior y progresivo desarrollo, va produciendo nuevos seres y organizaciones similares que han ido poblando la tierra.

¿Cómo y por qué razón esa población se distribuye en grupos de mayor o menor amplitud, bajo una autoridad suprema y con el fin de conseguir, con la salvaguardia del orden, la prosperidad de todos los fines humanos? La forma externa en que aparecen esas agrupaciones humanas varía no poco, y, a la verdad, es lo menos importante y asunto que compete más al historiador que al jurista. A éste le interesa más indagar, a través de esa diversidad de formas o hechos históricos, la causa fundamental de ese fenómeno inconfundible y universal, la formación de las sociedades políticas humanas.[1]

He aquí cómo el Profesor belga *Jean Davin* propone el estado de la cuestión: "No se trata aquí de estudiar las causas, de orden puramente fenoménico, que han engendrado los diversos Estados: esas causas son múltiples, confusas y variables.

---

1 C. VAREILLES-SOMMIÈRES: *Les principes fondamentaux du Droit*, cc. XI y ss.

El establecimiento de esas causas requiere el trabajo del historiador y, desde otro punto de vista, las clasificaciones del sociólogo. Pero puede llevarse más lejos la investigación y, sin romper el contacto con la historia y la sociología, esforzarse por descubrir, bajo las causas fenoménicas, el juego de razones más profundas, capaces de explicar el nacimiento, no ya tan sólo de determinado Estado particular, sino del Estado en general. De manera precisa, se trata de saber si el Estado, siempre y en todas partes, encuentra su causa primera en una exigencia de la naturaleza humana o si es el producto de la libre voluntad de los individuos... El problema así es de orden filosófico y no ya de filosofía de la historia o de sociología política, sino de filosofía social.[1]

2. El origen inmediato fundamental sólo puede ser el consentimiento tácito o expreso de los miembros de la sociedad.[2] — ¿Cuál es la causa determinante de las sociedades políticas? Contribuyen remota y mediatamente a dicha formación varias causas naturales; pero no hay más que una causa próxima e inmediata: el consentimiento. Y podemos adelantar la siguiente afirmación:

"La causa eficiente inmediata de la sociedad civil, es siempre el consentimiento libre, expreso o tácito, de las familias (por sí mismas o por medio de otros organismos superiores), que convienen en la formación de dicha sociedad independiente, y para los fines propios de la misma."

Hacemos notar las primeras palabras de nuestro aserto: "La causa inmediata de la sociedad". Porque las causas mediatas y remotas son muy distintas: son naturales y proceden, por lo tanto, del Autor de la naturaleza. Quedan esas causas naturales expuestas en el capítulo I de este libro, cuando asentábamos, contra las ideas de Rousseau y Hobbes, la sociabilidad natural del hombre.

Decíamos allí, citando palabras del P. Francisco Vitoria, que la sociabilidad humana la comprobaba sobradamente la experiencia de todos los siglos; la demostraban, además, las necesidades humanas, nuestra perfectibilidad física, espiritual y moral, nuestra inclinación

---

1 JEAN DAVIN: *Doctrina general del Estado.* (Trad. castellana), n. 56. Editorial Jus, Méjico, 1946.

2 V. SUÁREZ: *Leg.* III, c. II, 40; *Op. sex die.*, l. V, c. VII; VALLADO: *Origen formal de la sociedad, según la escuela*, III. Tesis doctoral; P. GÜENECHEA: *Principia juris politici*, v. I, c. V.

natural e invencible, que sólo en la vida de sociedad encuentran satisfacción conveniente; la facultad de hablar y los sentimientos humanos morales. "Es, pues, muy claro, terminábamos con Vitoria, que la fuente y origen de las ciudades y de las repúblicas, no es invento de los hombres, ni artificio, sino cosa salida de la naturaleza, la cual, para tutela y conservación de los mortales, sugirióles ese recurso."

Así lo confirma también la autorizada voz de León XIII en su Encíclica *Immortale Dei:* "El hombre está naturalmente ordenado a vivir en comunidad política, porque no pudiendo en la soledad (aislamiento) procurarse todo aquello que la necesidad y el decoro de la vida corporal exigen, como tampoco lo conducente a la perfección de su ingenio y de su alma, ha sido providencia de Dios que haya nacido para vivir en trato y sociedad, ya doméstica, ya civil con sus semejantes, la cual (la sociedad civil) es la única que puede proporcionar lo que basta a la perfección de la vida."

Sobre esta base fundamental, sobre la inclinación y necesidad natural de la sociedad, levantamos nuestra afirmación, por lo que recabamos sólo para el consentimiento tácito o expreso de los hombres la constitución efectiva de las sociedades políticas. El consentimiento expreso se manifiesta en las palabras; el tácito se significa por las acciones.

He aquí nuestra manera de pensar.

Para hallar el origen fundamental de la sociedad política, es necesario investigar la causa que crea el vínculo social político; es decir, aquel vínculo, en virtud del cual, pueden los ciudadanos ser compelidos al cumplimiento de las obligaciones que reclama el bien público, y tienen, al mismo tiempo, derecho a disfrutar de los beneficios del consorcio social. Porque sólo con ese vínculo social y sus naturales consecuencias se tienen los elementos esenciales para la sociedad política. Ahora bien; sólo el consentimiento tácito o expreso de los miembros de la sociedad puede crearlo.

En efecto: puesto el consentimiento, base firmísima de lazos jurídicos, se explica cumplidamente el nacimiento del vínculo social jurídico (que entraña los derechos y obligaciones de que hablamos), obligatorio, coercitivo, en virtud de la ley natural que exige el cumplimiento de lo convenido. Mucho más, cuando el objeto de la convención, como en este caso, no sólo es lícito, sino tan acomodado y conforme a las exigencias naturales.

Así se comprende también la rica variedad en formas, per-

sonas, sitios, condiciones, amplitud en que, de hecho, aparece la sociedad política, fruto ello de la elección y expansión de la libertad del consentimiento humano.

Por otra parte, no basta para que se origine el vínculo social jurídico la naturaleza, de por sí, por ser ella social. Porque ella da la tendencia, la necesidad, la obligación moral, si se quiere; pero no es capaz de engendrar el vínculo jurídico obligatorio de derechos y obligaciones, que liga entre sí a los miembros de una sociedad política. Porque Dios, al dar al hombre una naturaleza sociable y aun al imponerle obligaciones morales, no le quita la libertad física para que cumpla con la obligación y satisfaga esa tendencia; antes, al contrario, deja la realización de sus inclinaciones y deberes a las leyes y condición propias de su ser, en nuestro caso, a su libertad física. Natural y aun necesario es al hombre el ejercicio de sus facultades físicas y espirituales, ejercicio, empero, que permanece regulado por nuestra libertad. Existe, a veces, la obligación moral de contraer matrimonio aun con determinada persona; pero el vínculo matrimonial no existe hasta el punto que no lo haga brotar el consentimiento otorgado por la persona obligada.

Es decir que Dios, al dar al hombre la inclinación, al imponerle, si se quiere, la obligación moral de vivir en sociedad, hace que satisfaga a esa tendencia, cumpla con esa obligación, acomodándose a las condiciones y leyes de su naturaleza; una de ellas, y esencial, la de su libertad. He aquí admirablemente conciliadas la sociabilidad y la libertad humanas, y la doble condición humana individual y social.

Confírmase la misma verdad considerando que ninguna otra teoría explica suficientemente la aparición del vínculo social jurídico, propio del Estado. Lo hemos de indicar más tarde al tratar de la autoridad política. No son suficientes para explicarlo, ni la autoridad paterna, limitada y temporal; ni el dominio territorial, origen sólo de relaciones privadas entre el colono o trabajadores y el dueño; ni el contacto o junta de varias o muchas familias en un sitio o comarca que, a lo más, sólo engendra entre ellos obligaciones morales; ni la superioridad, en dotes físicas o morales, de determinada persona que agrupe a su alrededor a varias familias, pues esa agrupación no tiene carácter jurídico, y el criterio de la superioridad es incierto, expuesto a fraudes, ambiciones y luchas.

3. Algunas consideraciones históricas: Fustel de Coulanges, Post. — Poco importa, por lo demás, esa variedad en que, históricamente, han aparecido los Estados, variedad oscilante y riquísima, cuyo estudio es más propio del historiógrafo que del jurista. Sólo que, como no puede encerrarse en normas fijas la inagotable actuación en que suele manifestarse la libertad humana, en tan innumerable variedad de circunstancias; no sobrando, por otra parte, documentos auténticos de los remotos tiempos en que comenzaron a dibujarse los grupos humanos, no es posible evitar el que las hipótesis y conjeturas, más o menos fundadas, vengan a usurpar el puesto que sólo quiséramos ver ocupado por la verdad indubitable y cierta.

Así, por ejemplo, FUSTEL DE COULANGES,[1] fijándose principalmente en la civilización grecorromana, supone que fué la familia la primera agrupación que, en la historia, realizó en sí la noción de Estado. Porque vivían las familias aisladas, sin ningún lazo superior político, ni religioso, bastándose a sí mismas, poseyendo cada una sus dioses, su culto, su propiedad, su derecho privado y su gobierno interior, bajo la jefatura del padre o patriarca, que ejercía una autoridad suprema e inapelable.

A consecuencia de la ley natural de la generación y multiplicación, la familia, conservando los caracteres fundamentales orgánicos del Estado, se transforma en gens.

La unión de familias y gentes con la adopción, por varias de ellas, de dioses comunes y compatibles con los dioses lares, dió lugar a la otra agrupación más amplia de curias y fratrias. El ideal religioso, produciendo los otros vínculos de carácter social, fundió, por fin, las gentes en un solo Estado.

De manera similar se formó después la tribu; y, más tarde, la ciudad, modelo social que, conocido en diversos pueblos, se copiaba reflexivamente, sirviendo mil varias circunstancias personales y locales para dirigir por ese cauce la actuación de la libertad humana.

Nótase, en este cuadro histórico, cierta tiesura artificial, y que el autor, tomando por base datos y hechos históricos indudables, ha construído en su imaginación un molde determinado, al que las humanas veleidades difícilmente se acomodan en la práctica. Además, el terreno escogido para hacer el estudio, es demasiado limitado para deducir consecuencias generales.

ALBERTO E. POST, en su obra "*Giurisprudenza Etnologica*" (Trad.

---

1 *La cité antique*, L. II y III.

italiana), afirma, como consecuencia de un sentido muy minucioso y eminentemente positivo, que los grupos sociales que se encuentran esparcidos sobre el globo, pueden tener un fundamento cuádruple. Su organización puede ser o gentilicia, o por consorcios territoriales, o señorial o, finalmente, corporativa.

La organización gentilicia se funda en el matrimonio o en la comunidad de sangre; la territorial, en la convivencia en territorio determinado; la señorial, en la relación de protección y fidelidad entre señores y siervos, y la corporativa, en una convención de carácter contractual entre individuos particulares.

Ahora bien: en todo grupo social prevalece o el carácter gentilicio, o el territorial, el señorial o corporativo. Entre los pueblos poco civilizados, ha solido predominar la organización gentilicia, adquiriendo, en cambio, poco desarrollo la organización corporativa. La organización gentilicia cede después el puesto a la organización territorial. Viceversa, en los pueblos de civilización más elevada, la organización gentilicia es, por regla general, más débil, sobreponiéndose notablemente la corporativa. En los grados intermedios y de transición entre los de civilización más baja y las superiores, suele prevalecer la organización señorial.

4. Opinión del C. de Vareilles-Sommieres sobre el origen de la sociedad política.[1] — La naturaleza, con su desarrollo y multiplicación, la inclinación innata y las necesidades sentidas, trae consigo el contacto y agrupación de varias familias... "¿Cómo, pregunta Vareilles, y en qué instante, supuesto ese contacto de familias, nace entre ellas la sociedad política?"

"Nace, responde, en pleno derecho, con y por el contacto mismo, independientemente del consentimiento de los que se convierten en sus miembros.

"Desde el momento mismo en que ha tenido lugar el contacto, de bueno o mal grado, los que forman aquella agrupación quedan ligados por los lazos de la sociedad civil, en toda la plenitud del derecho. En efecto: desde el primer momento, cada uno de ellos tiene derecho a todo lo que constituye la sociedad civil, porque cada uno tiene derecho a la vida, a la seguridad, al desenvolvimiento de sus facultades, a la prosecución pacífica de su fin supremo. Desde el primer momento, cada uno debe todo lo que constituye la sociedad civil, porque cada uno tiene el de-

1 Sigue la misma teoría ORBAN, Op. cit., t. I, n. 96.

ber de sustraer, por mediocres esfuerzos, su existencia y la de los semejantes que le rodean, a los peligros más ciertos, al desorden material y moral, a la degradación absoluta y relativa.

"Así, cada cual es, inmediatamente, deudor o acreedor de todas las obligaciones que constituyen la sociedad civil, y que se reducen a dos: 1.ª Obligación de ofrecer una serie de mutuos esfuerzos, convenida para apartar los peligros y realizar los progresos que superen los esfuerzos aislados. 2.ª Obligación de obedecer a la autoridad que ha de aparecer para mediar, armonizar y dirigir los esfuerzos.

"No se ha establecido la sociedad civil por un pacto; la ley moral, el deber la imponen..."[1]

Destácase, clarísimamente, la nota característica de esta teoría: la afirmación categórica de que el mero contacto de varias familias, sin necesidad de ulterior consentimiento, hace brotar entre ellas el vínculo social obligatorio, que entraña todos los derechos y deberes de la vida social política. No lo podemos comprender; y nos parece que se confunde la ocasión, que puede dar lugar a la creación de un vínculo jurídico, con la causa eficiente del mismo. Las obligaciones morales de que se habla son de carácter distinto de las jurídicas; no pueden existir entre personas y familias de diversos Estados, ni abarcan en su ámbito todas las que son propias de los miembros de un Estado.

Creemos, además, que la historia y la experiencia no vienen en ayuda de la opinión del sabio Profesor de Lille. Las líneas de frontera se han levantado, muchas veces, legítimamente, entre grupos humanos que han vivido y viven muy en contacto; y, al contrario, ha habido agrupaciones cuyo contacto y convivencia ha sido el resultado, no la causa del vínculo jurídico.

Tampoco el P. T. MEYER *(Institutiones juris naturalis)* satisface la doctrina que hemos aceptado, proponiendo el consentimiento, tácito o expreso, como el origen de la sociedad política. Admite que eso suceda en algún caso; pero sólo en casos extraordinarios. Su manera de explicar el origen de la sociedad concuerda lógicamente con su teoría sobre el origen de la autoridad política. He aquí sus palabras: "No puede negarse que alguna vez pudiera el consentimiento mutuo y el pacto dar lugar a la formación de la sociedad civil. Esto ocurre en casos extraordinarios, cuando algún obstáculo accidental se opone a la

1 *Principes fundamentaux du Droit,* XI, 7.

labor orgánica ordinaria de la naturaleza, o cuando el cuerpo orgánico, ya preexistente, se deshace por un acóntecimiento eventual, como el de una anarquía plena." "Pero, de ordinario, esa formación es el resultado de una elaboración lenta, orgánica, al modo de una cristalización moral, a la que contribuyen innumerables fuerzas, naturales unas, históricas otras, a las que no falta tampoco la varia y libre cooperación de los hombres, pero siempre indirecta y como casual."[1]

Esas causas a que alude el P. Meyer, no son sino las comunes que prueban la sociabilidad humana, como la igualdad de naturaleza y de fin, la indigencia física y moral, la simpatía mutua, la facultad de hablar, a las que, en cada caso, suelen juntarse circunstancias externas, como la proximidad, parentesco, etc.

5. Errores de Rousseau y Kant sobre este punto.[2] — En el capítulo primero hicimos mención de las ideas de Rousseau, según las cuales, el hombre, que primitivamente había vivido fuera de la sociedad, vino a ella en virtud de un pacto libre. La libre voluntad de los hombres, por lo tanto, es el origen de la sociedad civil.

Las disposiciones de ese pacto están determinadas por la naturaleza del acto, de suerte que cualquiera modificación las haría nulas y de ningún efecto.[3]

La creación de la primera sociedad civil hizo indispensable la de otras, quedando derogada la ley de naturaleza por los contratos de sociedad. Como la primera generación que contrató la sociedad no podía obligar con su voluntad a las generaciones venideras, el primitivo contrato se renueva incesantemente entre los que nacen y los que viven de las generaciones anteriores, porque cada uno nace libre y sigue siéndolo hasta que, tácita o expresamente, se entrega a la voluntad de sus conciudadanos, a cambio del don que de ellos recibe.

En resumen, el origen de la sociedad está en el contrato libremente consentido por cada generación e individuo, contrato y sociedad a la que no son inclinados los hombres por su naturaleza; van a él aconsejados por males accidentales que los corrompieron y, por medio de él, entregándose cada uno a todos, abdica y recobra, al mismo tiempo, su libertad.

---

1 MEYER: *Institutiones juris naturalis*, t. I, nn. 427 y 361.

2 J. J. CHEVALIER: *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, pp. 142 y ss. A. Colin, París, 1950.

3 *Contrato social*, l. I, c. VI.

Prescindiendo de pormenores en los que no podemos detenernos (algunos corresponden a disciplinas filosóficas), otros muchos autores, como Hobbes, Spinoza, proponen también el contrato libre como origen de la sociedad civil. Entre ellos figura también el filósofo alemán Kant, quien distingue el hecho del contrato que no hay por qué admitir que existiera, del contrato de derecho que debió existir. Idea que el mismo Rousseau apunta en su libro.[1]

"El acto mediante el cual un pueblo se constituye por sí mismo en Estado, o más bien la simple idea de este acto, que sólo permite concebir su legitimidad, es el contrato original en virtud del cual todos y cada uno depositan en el pueblo su libertad exterior, para recuperarla en seguida como miembros de una república; es decir, del pueblo en cuanto a Estado."

Éste (el contrato) no es más que una pura idea de razón, pero una idea que tiene una realidad práctica incontestable, en el sentido en que obliga a todo legislador a dictar sus leyes, de tal forma como pudieran emanar de la voluntad colectiva de todo un pueblo; y todo súbdito, en cuanto quiera ser ciudadano, ha de considerarse como si hubiera concurrido a formar una voluntad de este género.

"Tú debes, a causa de la relación de coexistencia que se establece inevitablemente entre ti y los otros hombres, salir del estado de naturaleza para entrar en un estado jurídico..."[2]

El punto de vista de Rousseau sobre el origen de la sociedad queda juzgado en el capítulo primero. Decíamos que era, además, de una hipótesis infundada, en contradicción de la naturaleza humana, destructora de todo derecho público y privado, en una palabra, una hipótesis anárquica.

Las atenuaciones que al primitivo contrato rusoniano pone Kant, cuando dice que es una hipótesis, que si no tuvo lugar, debió tenerlo, y añadiendo que el hombre *debió* salir del estado de naturaleza, están en oposición con el sistema de Rousseau, sistema que se basa en la *libertad* del pacto. Pero, además, si el hombre debió salir de aquel estado, es menester buscar la raíz y alcance de esa obligación, so pena de incurrir en los mismos errores y absurdos de la hipótesis que trata de atenuar y explicar.

6. Indicación de otras teorías: teoría orgánica, de la fuerza, de Kelsen, de Haller. — Ha de bastar una ligera indicación sobre la manera con que explican el origen de la sociedad algunas teorías como la orgánica, de la fuerza, de Haller, la del Profesor vienés Hans

1 J. DAVIN: Op. cit., nn. 57 y ss.
2 KANT: *Doctrina del derecho*, párr. 46, 65, 42.

Kelsen, etc. Todo se reduce a una aplicación lógica de doctrinas que hemos de exponer y refutar más abajo, al punto concreto de que nos ocupamos.

"Las sociedades más vastas han comenzado por la pequeña horda errante, dice SPENCER. Y es que las sociedades, como los demás cuerpos vivientes, comienzan bajo la forma de gérmenes, y tienen por origen cuerpos diminutos en comparación de aquellos en que llegan a convertirse." Claro es que respecto del origen del germen guarda Spencer un respetuoso silencio.[1]

"Los gérmenes de los mixomicetas, que viven primeramente en estado de nómadas filiformes y forma de amiboide, se mueven, se alimentan, crecen y se multiplican por generación escisípara; he aquí los individuos al principio independientes. Esos individuos se unen después para formar grupos; esos grupos se unen a otros y acaban por constituir un cuerpo variable en forma que se mueve y arrastra lentamente. ¿No hay en esto un tránsito de la independencia a la dependencia mutua, de la vida aislada a la colectiva, y este tránsito tiene un parecido con la formación de las sociedades animales o humanas?"[2]

"Se ha creído que la dignidad y la moral humana exigen, dice GUMPLOWICZ, que se oculte la manera natural y efectiva como han nacido los Estados, y que se sustituya con alguna forma perfectamente convencional de dar origen a los mismos. La historia no nos presenta ningún ejemplo de Estados que hayan nacido de otra manera que por algún acto de violencia. Lo que siempre ha dado origen al Estado ha sido un acto de fuerza de una tribu contra otra: la conquista y sumisión de una tribu más fuerte, la mayor parte de las veces extranjera, sobre una población más débil, la mayor parte de las veces autóctona."

"Aquellos que sostienen otras maneras de nacimiento del Estado, no comprueban su aserto con la historia, sino que se refugian en épocas prehistóricas para hacer valer sus hipótesis."[3]

DUGUIT comienza diciendo que usa la fórmula de origen del Estado por acomodarse a la costumbre general que propone ese problema y en esos términos. Por lo demás, el problema no existe en sí. Sólo hay un hecho: la existencia de grupos sociales y la imposición en ellos de los más fuertes sobre los débiles por la fuerza. Es inútil e imposible investigar el origen ni justificación de esos hechos. No se ha dado ni se dará una explicación satisfactoria; lo más a que se puede aspirar

---

1 H. SPENCER: *Principios de Biología...* 2.ª parte. *Las inducciones de la Sociología.* t. II, c. III, párr. 224, 225.

2 FOUILLÉE: *La Science sociale contemporaine,* l. II, c. VI, II.

3 GUMPLOWICZ: *Derecho político filosófico,* l. I, c. VI.

es a legitimar el contenido del ejercicio del poder por el carácter de las cosas que manda.[1]

El fundador de la escuela vienesa HANS KELSEN, afronta y resuelve este problema del origen del Estado de acuerdo con el concepto peculiar que él defiende sobre la naturaleza del Estado, que no es más que un sistema de normas, una ideología social específica.

Esto supuesto, la cuestión del origen del Estado la divide en dos problemas metódicamente distintos. El primero estudia las condiciones naturales de nacimiento de aquellos actos psíquicos que tienen por contenido la específica ideología del Estado; y el segundo tiende a investigar una evolución dentro de esa ideología específica y pregunta ¿cómo se convierte la ideología social en general, en ideología estatal específica?

Según Kelsen, sobre la primera cuestión: "hasta ahora no existe un intento serio de solución en torno de esta cuestión, sobre la cual se han emitido los juicios más vulgares y los tópicos más vagos". "Estas condiciones naturales no se realizan, ni en la vida sedentaria, ni en un origen o idioma común, ni en la familia, ni en determinadas formas de economía, ni en determinadas circunstancias geográficas, climatológicas, de límites naturales, ni en un contrato." Y después de ese desahucio general, termina diciendo por su parte:

"Si es permitido lanzar *conjeturas* sobre este punto, podemos afirmar que, para que vaya surgiendo paulatinamente una ideología del Estado, precisa una conducta humana compuesta de actos conscientes, directamente encaminados a la organización, y de actos inconscientes e impulsivos."

Viniendo al segundo problema, de cómo se convierte una ideología social en general en una ideología estatal específica, afirma Kelsen que lo específico de este orden estatal radica en su carácter coactivo, "el Estado, en su esencia, es un aparato de coacción". Y, por lo tanto, el problema en torno al origen del Estado se transforma en la cuestión acerca del origen de un orden dotado de este específico carácter técnico social.

Ahora bien, no es posible fijar exactamente el momento histórico determinado en que un orden social se trasforma en orden estatal, dando origen al Estado. Afirma Kelsen que el elemento de la coacción no es consustancial al concepto de todo orden social; pero sí lo es *la tendencia a la coacción.* Por lo mismo, la tendencia a la coacción es inmanente a los órdenes sociales que constituyen los grupos más primitivos, y cada uno de estos órdenes es ya un Estado embrionario.

Pero es vano el esfuerzo para determinar el momento en el cual,

---

1 DUGUIT: *Manuel de Droit Const.*, párr. 9.

supuestas ciertas condiciones exteriores, la *horda*, el grupo todavía no estatal, se convierte en Estado.[1]

La teoría sobre el origen del Estado del Profesor Kelsen está lógicamente influída por la teoría del mismo autor sobre la naturaleza del Estado que supone ser un sistema de normas; sobre ella haremos algunas indicaciones más abajo. Pero ya desde ahora podemos adelantar que, reputando falsa su teoría sobre la naturaleza del Estado, lógicamente, a nuestro entender, adolecen del mismo vicio sus ideas sobre el origen del Estado.

Pero, aun prescindiendo de este aspecto fundamental, no comprendemos cómo su posición en este problema pueda librarse del anatema que él mismo lanza sobre todas las opiniones que sobre el origen del Estado se han emitido hasta ahora: constituyen "los juicios más vulgares y los tópicos más vagos".

Para HALLER la sociedad civil no es más que la suma de los contratos particulares, por los cuales, cierto número de individuos, por razones diversas y en proporciones diferentes, mediata e inmediatamente, llegan a depender de una persona física o colectiva, que permanece independiente.

La naturaleza y las circunstancias establecen entre los hombres innumerables desigualdades, que la actividad humana acentúa o multiplica. Y la desigualdad no es sino la fuerza por un lado (talento, fuerza, riqueza...), y la debilidad por otro (ignorancia, pobreza, impotencia...).

Los fuertes y los débiles tienen necesidad los unos de los otros, y se ponen en relación unos con otros por contratos de todas clases. En cada una de esas relaciones, el débil, en cambio de los socorros que recibe, promete sus servicios y obediencia. Y en toda relación social la naturaleza "asigna el mando al más fuerte, y la dependencia o el servicio voluntario al más débil, es decir, al que necesita socorros. Y esto es una necesidad providencial".

"Y allí donde la potencia y la debilidad se encuentran, se forma una relación, en virtud de la cual, corresponde la autoridad a la primera y la obediencia a la segunda, relación conforme a la justicia y al interés de ambas partes."

"En resumen, un gran número de individuos que, impelidos por la desigualdad natural de sus necesidades, se sujetan a un hombre poderoso, sin violencia ni coacción, sólo por compromisos de servicios mutuos de todas clases, por convenciones particulares diversas, pero tan libres y justas como se quiera imaginar: así se origina el Estado."[2]

---

1 H. KELSEN: *Teoría general del Estado*, l. I, c. 1-6. (Trad. por Legaz Lacambra.) Edit. Labor, 1934.

2 VAREILLES-SOMMIÈRES: Op. cit. XXIV.

CAPÍTULO TERCERO

SUMARIO: 1. La población en la sociedad política: vínculo que une a los que la forman. — 2. Naturaleza orgánica de la población, en cuanto es elemento del Estado. — 3. La ley natural y la ley de libertad base de los organismos de que se compone la población. — 4. Nuevas tendencias y fórmulas de agrupación social. — 5. La población nacional: principios. — 6. Legislación española. — 7. Situación jurídica del nacional. — 8. Pérdida y recuperación del carácter nacional. — 9. Población extranjera. Su situación jurídica. — 10. Nacionalidad de las personas colectivas.

1. La población en la sociedad política: vínculo que une a los que la forman. — Siendo la sociedad política, por su constitución esencial, una agrupación de personas, uno de sus elementos, sin el cual no puede concebirse, es el pueblo, la población. Según el lenguaje escolástico, la población es el elemento material del Estado.

Pero esa agrupación de personas, por sí sola, como mera agregación de individuos, sin que entre ellos exista un lazo de relación que los reduzca a un solo organismo o cuerpo moral (el *corpus misticum*, que decían nuestros clásicos), no constituye nunca el pueblo de una nación o Estado. Necesita, pues, de la trabazón característica de la sociedad política, que se funda, como dice Suárez,[1] en el común consentimiento, y resulta de la mutua cooperación y auxilio para conseguir los fines propios de la misma sociedad: el bien común. Y ese vínculo, al mismo tiempo que, juntándolos en un cuerpo, forma una nueva y superior unidad social, los separa y distingue de otros individuos y de otras agrupaciones, con las que no pueden confundirse. Así se forma el pueblo español, uno en sí y distinto del pueblo francés, del italiano, etc.

---

1 *De legibus*, l. III, c. II, n. 4; SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de derecho político*, cc. VIII y ss.; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho político*, l. I, tít. III; GÜENECHEA: *Principia juris politici*, vol. I, c. VII.

Clara se ve la diferencia de este vínculo de carácter civil o político, de otros vínculos que sirven también para reunir individuos humanos en diferentes agrupaciones.

La unión de dos personas de distinto sexo en matrimonio, la consiguiente generación y las necesidades que la educación de la prole trae consigo, reúnen también varias personas en un cuerpo moral que se denomina familia, y establece entre ellas relaciones de sumisión, amor, obediencia. Pero no es el vínculo familiar el vínculo político que forma el Estado. Si alguna vez se han reunido en la misma persona la autoridad familiar y la política, eso se ha debido sólo a circunstancias históricas y en nada a la naturaleza de la institución, ni del vínculo interno de la misma. Y hoy no repugna que padres e hijos sean miembros de sociedades políticas diferentes; y aunque las legislaciones modernas comúnmente prescriben que marido y mujer pertenezcan al mismo pueblo y nacionalidad, no se debe este precepto a identidad del vínculo conyugal y civil, sino a la necesidad de evitar trastornos derivados de la sujeción de dos personas que forman una sola personalidad moral tan íntima como el matrimonio, a legislaciones diversas y aun opuestas.

Las asociaciones para fines particulares de la vida, a que da lugar la libre expansión de las actividades humanas, tampoco forman un pueblo en el sentido político, sino grupos especiales que (dada la fecunda variedad de las iniciativas privadas) pueden variar hasta el infinito en su objeto, duración, estructura, etcétera.

Ni ya la desterrada sumisión de esclavos y siervos a sus dueños, ni las relaciones de subordinación que los modernos contratos de trabajo establecen entre determinadas personas, ni las relaciones entre los que constituían las antiguas castas pueden, en manera alguna, confundirse con el vínculo social de que tratamos. Este vínculo se funda, como decía profundamente Suárez (loc. cit.), en el común consentimiento, y se refiere a la mutua cooperación de esfuerzos para los fines propios de la sociedad política, de que en su lugar habemos de hablar.

La mayor o menor extensión material — numérica — de la masa que forma la población, en nada influye teóricamente en la esencia y constitución de la misma. Puede variar muchísimo, como ha variado en la Historia. La antigüedad nos ofrece Estados, como en Grecia, cuya población se limitaba a ciudades

determinadas; y Estados-Imperios, como el Romano, que contenía enormes masas de población. Hoy en día, al lado de los Estados minúsculos como Andorra, Saint Marin, Mónaco, de contados millares de habitantes, se levantan otros como Rusia, Alemania, América del Norte, con muchos millones de habitantes.

Esto supuesto, es evidente que la familia no aporta la población suficiente para constituir un Estado; con razón la llamó Cicerón, *Principium urbis et quasi seminarium reipublicae.* Teóricamente, había de bastar la que contiene una agrupación local; pero, en la práctica, y sobre todo en nuestros días, no ha de ofrecer, por sí sola, garantías sólidas de paz y defensa exterior, ni las condiciones ni elementos de progreso y bienestar a que, como a fines propios, ha de aspirar una sociedad política. Por consiguiente, sólo ofrecen garantías para constituir base material de un Estado, aquellas poblaciones formadas por agrupaciones que superan las locales y las regiones reducidas. Las modernas miniaturas de Estados (Andorra, etc.) sólo subsisten por benevolencia de los otros, y más que Estados independientes, son Estados tolerados y protegidos.

2. Naturaleza orgánica de la población, en cuanto es elemento material del Estado. — Del hecho mismo de que ni el vínculo familiar, ni el de otras asociaciones de carácter más o menos privado, contradiga al vínculo de la sociedad civil, se deduce, evidentemente, que esta sociedad es orgánica y no atómica, como del soñado pacto de Rousseau podría desprenderse lógicamente; es decir que la sociedad política nace, no de la unión inmediata de individuos, sino de la unión de otras organizaciones intermedias, cuando menos familiares.[1]

Aunque profundamente equivocado en sus teorías principales, acierta, sin embargo, Gumplowicz[2] en este punto, contradiciendo la teoría atomística con claras y sencillas consideracio-

---

1 V. JEAN DAVIN: *Doctrina general del Estado,* n. 10 (Ed. Jus-Méjico, 1946), en sus palabras se nota alguna confusión, que sin duda no es de fondo, sino de expresión. Por una parte, parece que admite el punto de vista que exponemos en el texto. Pero, luego, da la impresión de que lo rechaza, sosteniendo que las unidades componentes del Estado no son los grupos y familias, sino los individuos.

2 *Derecho político Filosófico,* l. I, c. VII.

nes. "Sin duda, dice, el edificio consta de átomos, y el cuerpo de células; pero estos átomos y células forman primeramente los distintos elementos del edificio y el cuerpo animal, como piedras, ladrillos, argamasa, madera, hierro, etc.; o carne, huesos, sangre, pelos, etc. Si a la pregunta relativa a cuáles son los elementos de un objeto, se quiere contestar de una manera satisfactoria, forzoso es indicar precisamente aquellos elementos que caracterizan al objeto, que forman su ser, que constituyen lo que el objeto es."

Con razón define, por consiguiente, Gil y Robles (D. Enrique)[1] a la población o pueblo nacional: "superior unidad social compuesta directamente de otras sociedades inferiores, y con la conciencia, más o menos reflexiva, de esta personalidad más perfecta". El pueblo nacional, y aun refiriéndose a la más rudimentaria manifestación de la vida social pública, o sea al municipio, está compuesto de elementos orgánicos. Porque, si le analizamos, veremos que el elemento en que se descompone es la familia, que es un órgano social; destruid el municipio, y los individuos no se dispersarán, porque, roto este vínculo social, aún queda otro vínculo, el de la familia, obra de la misma naturaleza. Y dicho se está que si el municipio es orgánico, mucho más lo será la provincia, compuesta de municipios; la región compuesta de provincias, y la nación integrada por las regiones. "La experiencia histórica percibe y muestra ahora y antes a las naciones directamente formadas, cuando menos, de familias; y, después que la muchedumbre excede de los términos de la gens, son los municipios, las provincias, las regiones, las unidades orgánicas inmediatamente constitutivas de la sociedad nacional."[2]

3. La ley natural y la ley de libertad, base de los organismos de que se compone la población. — Habiendo triunfado en los países civilizados el principio cristiano de la igualdad fundamental de los ciudadanos como miembros del Estado, las agrupaciones profesionales y de clases se apoyan para su constitución en la libre cooperación de los iguales, sin privilegio de castas, ni de clases. De modo que las agrupaciones humanas de que actualmente se forma el Estado, o son naturales como la familia y el municipio, o son el resultado de la combinación de las necesidades humanas con la libertad y la inclinación innata del hombre a asociarse;

---

1 *Tratado de Derecho Político*, l. I. c, IV.
2 GIL Y ROBLES, ib.

formas que acoge y quizá modifica el Estado, más o menos artificialmente, según las tendencias políticas de la época y del momento.

No se admiten, por consiguiente, asociaciones de libres y de esclavos, fundadas en la idea de la anulación de la personalidad de parte de los ciudadanos que constituyen el Estado; ni las que se fundan en el predominio económico y funcional, pero privilegiado, de determinadas clases cerradas, sobre las otras, como las asociaciones de castas. Las clases actuales proceden o de la natural división del trabajo, como las profesionales; o de la diversa situación económica, fruto espontáneo del sistema de la propiedad privada; o de la natural diversidad o aplicación de cualidades personales, como la cultura, etc.; pero todas ellas son, al menos teóricamente, libres y abiertas a todos los ciudadanos, e iguales ante la ley.

En resumen, siempre ha existido y existirá, como unidad orgánica dentro del Estado, la familia; la convivencia en un sitio determinado de varias familias, con las necesidades concretas que las circunstancias locales imponen, da origen al municipio. De manera similar se forma la provincia, la región, etc.

Al lado de estos organismos, en gran parte naturales, brota una abundantísima vegetación de asociaciones diversísimas en objeto y formas, al impulso de la libertad y de la inclinación innatas al hombre. Y todas ellas, con los individuos, forman el pueblo, la población, el elemento material de la sociedad política.

4. Nuevas tendencias y formas de agrupación social.[1] — La historia ha sido una continuada manifestación del doble destino humano: individual y social. Porque, en todo tiempo, el hombre, sin perder su personalidad individual, arrastrado por una tendencia natural irrefrenable, ha corrido a encuadrarse en agrupaciones de una u otra índole.

No nos toca a nosotros hacer historia de las diversas estructuras de que, a través de los tiempos, se ha revestido, en la vida de los pueblos, esa doble inclinación humana. Pero sí hemos de

---

1 E. PESCH: *Tratado de Economía Social.* (Trad. de J. M. Llovera); J. AZPIAZU: *Fundamentos de Sociología Económico-Cristiana.* E.B.E. Barquillo, 9. Madrid, 1949; ÍDEM: *Estado Corporativo.* Razón y Fe, Madrid, 1939; JOSÉ M.ª LLOVERA: *Tratado Elemental de Sociología Cristiana.* Editorial Occidente, Buenos Aires, 1945.

detenernos unos momentos en señalar las nuevas figuras de asociación, a que la corriente asociatoria ha ido acomodándose, e indicar sus características principales, por la influencia que puede tener en la vida política de los pueblos.

Durante la Edad-Media, en una sociedad como aquélla, informada por el espíritu cristiano, fueron constituyéndose uniones profesionales, llamadas *Gremios*. Eran asociaciones de personas pertenecientes a una misma profesión o profesión similar, que se unían para defender sus derechos de clase y procurar su bienestar. Eran, las más de las veces, organizaciones de carácter industrial y religioso. Entraban a formar parte del gremio todos los elementos que intervenían en el trabajo, oficio o profesión: aprendices, oficiales, maestros, cofrades...

Sus características, sus estatutos, sus ventajas e inconvenientes, sus cualidades y defectos pueden estudiarse en cualquier tratado o Historia de Sociología, como los anteriormente citados.[1]

El sistema gremial sucumbió en la Revolución francesa del siglo XVIII. Con la *ley Chapelier* la revolución, no sólo disolvió los gremios, sino que pretendió impedir su ulterior restauración, prohibiendo la asociación, derecho excluído de "la *Declaración* de derechos del hombre y del ciudadano". Así se implantó el régimen social individualista y el régimen liberal de trabajo, que, suavizado en sus aristas más hirientes, aún domina en la mayor parte de los países civilizados no esclavizados por el comunismo.

El régimen liberal-individualista defendía la absoluta libertad económica: en la producción, en el comercio, en las condiciones de trabajo, en la concurrencia, etc. Por otra parte, el Estado no debía intervenir en la regulación y desarrollo de la vida económica; ha de respetar la libertad individual y reducir su acción a garantizar la pública seguridad con medidas de policía, higiene, etc. Y siguiendo los imperativos del sistema liberal, ha de impedir la formación de asociaciones profesionales, como contrarias que son a la libertad. Por otra parte, ésta lleva, en sí misma, el remedio de los abusos que con ella puedan cometerse.

El sistema político económico liberal creó el capitalismo, que se caracteriza por el predominio del capital sobre el trabajo, en la producción. Preeminencia no sólo material, en cuanto a los instrumentos de producción: maquinaria, etc., sino también preeminencia de *mando*, en la dirección, y de la repartición en provecho propio.

---

1 Véase también ANTONIO RUMEU DE ARMAS: *Historia de la Previsión Social en España.* (Cofradías, Gremios, Hermandades, Montepíos.) Editorial Derecho Privado. Madrid, 1942.

Este sistema, aunque no por sus caracteres esenciales, sí por los naturales egoísmos humanos, creó en la sociedad una separación de clases: la de capitalistas por un lado, pocos relativamente en número; y la gran masa de trabajadores por otro. Los miembros de una y otra clase no están unidos entre sí, como en los gremios medievales, ni por lazos religiosos (laicismo de empresa), ni por lazos económicos y profesionales. El trabajador queda libre para llevar su acción laboriosa y su trabajo a donde quiera. Pero esa misma libertad le deja en situación de aislamiento y falto de la protección que la asociación podría proporcionarle. Así nació y se desarrolló el proletariado.

La población nacional sufrió, con ello, una profunda modificación. La unidad, defensa y socorro que, en la época anterior, concedía el gremio a sus miembros, había desaparecido, mientras el liberalismo económico-político negaba al proletario aislado los medios legales para salir de su situación de inferioridad y subordinación.

Pero no se ahoga tan fácilmente, en la naturaleza humana, con el artificio y violencia de leyes positivas y faltas del vigor de la justicia natural, el ansia justa de dar satisfacción a exigencias naturales de conservación y mejoramiento. Y el proletario libre, pero aislado e inerme, reivindicó y realizó, en terreno vedado y al margen de la ley, en el terreno de la clandestinidad, el derecho de *asociación*, que la ley positiva le negaba. Y las *asociaciones* de trabajadores y proletarios nacieron y se multiplicaron.

El Estado hubo de ir cediendo de su intransigencia y salir de su abstencionismo. Primero vino la tolerancia de hecho; más tarde las concesiones parciales, hasta llegar al pleno reconocimiento de la libertad de asociación.

Mientras tanto, a los principios liberales que dominaban en las sociedades modernas, les salieron al encuentro, en son de combate, las ideas socialistas: 1) la religión es el opio de los pueblos; 2) la propiedad privada es un robo; 3) lo que dirige y rige totalmente el mundo, la vida de los pueblos, es el materialismo histórico. El ideario socialista, por lo tanto, desbordaba del campo meramente económico, para invadir el religioso, el social y el político. Y la sindicación, la moderna agrupación humana que va invadiendo todos los sectores de la vida, no sólo el industrial y campesino, la sindicación moderna, en su mayor parte, se siente inspirada y dirigida por el ideal socialista: por

el ateísmo religioso, por el materialismo histórico, por una aspiración política del dominio del poder para realizar desde allí el cambio de la estructura religiosa, social, económica y política de las naciones.

Bien es verdad que el ideario socialista ha tropezado en su camino, no sólo con la resistencia de un desenfrenado individualismo, sino con la oposición del solidarismo cristiano, que repudia, tanto el ateísmo y materialismo histórico y demás falsos principios de los unos, como el desenfreno y el abstencionismo estatal de los otros. El solidarismo cristiano propone como principios fundamentales rectores de la vida social y económica, el principio de la justicia social y el bien común.

En resumen, y en medio de esta orgía de tendencias y direcciones, la población nacional aparece escindida ideológica y racialmente, y agrupada en sectores o sindicatos organizados, de tal arraigo e influencia que, necesariamente, han de repercutir en la vida política.

Los Tratados de Sociología nos enseñan los distintos tipos de sindicación profesional en que van encuadrando los ciudadanos. Sindicatos *horizontales* y *verticales,* según que en cada profesión o empresa se agrupen separados, y generalmente en pugna, los elementos obreros por un lado y los capitalistas por otro; o según que todos los elementos de trabajo que intervienen en una empresa desde el capitalista al obrero manual, se junten en un haz sindical único y común.

Sindicatos por asociación o sindicatos estatales; según que la ley deje en libertad a los ciudadanos para fundar y (dentro de ciertas normas) estructurar la agrupación sindical; o, al contrario, el Estado imponga, desde arriba, la obligación de sindicarse e intervenga más o menos profundamente en la forma y estatutos de la sindicación.

Lo cierto es que la población nacional, rompiendo los antiguos moldes sociales, toma una nueva contextura de tipo sindical, y que cualquier sistema político, y mucho más el moderno sistema democrático representativo, ha de contar con una nueva base social para encauzar la intervención nacional en el Gobierno y construir los órganos soberanos.

La *democracia* le invita a ello. La *democracia* actual que ha ido ampliando, hasta límites difícilmente superables, la intervención popular en los negocios públicos.

Y, aparte de la intervención indirecta y difusa por medio de la opinión pública, la prensa, etc., las agrupaciones sindicales van interviniendo directamente en la formación de los órganos del poder legis-

lativo; en la designación del ejecutivo, lo mismo en la república simplemente como en la república coronada; en los jueces jurados y en los escogidos en forma más o menos democrática.

Y en la marcha de esta intervención popular pueden distinguirse tres como etapas graduadas:

1.ª ETAPA. — Mientras dominan en la política los partidos burgueses, las agrupaciones sindicales ayudan o combaten a unos u otros partidos, en la medida que ellos favorezcan o no sus reivindicaciones sociales (Norteamérica e Inglaterra antes de la formación del partido laborista).

2.ª ETAPA. — Pueden ya organizarse partidos sobre una clientela electoral netamente sindical; y esos partidos entran a la parte al lado de los partidos burgueses y sometiéndose a los cánones democráticos para aspirar a ocupar el poder (Inglaterra laborista, Francia, Bélgica, Italia, Alemania).

3.ª ETAPA. — Democracia popular. Los partidos socialistas se sienten con fuerzas suficientes para eliminar, en forma democrática o anti-democrática, a los demás partidos, y establecer la dictadura del proletariado (Rusia y sus satélites).

Hemos de tener ocasión, en el curso de la obra, de desarrollar esta evolución social y política. Baste por el momento este gran cambio de estructura en la población nacional y columbrar sus derivaciones políticas.

5. La población nacional. Principios. — No todas las personas que viven dentro del territorio de un Estado son miembros del Estado, ni forman, por consiguiente, el pueblo nacional. Las hay que se llaman y son extranjeras, porque son miembros de otra comunidad política. El derecho natural y las leyes internacionales positivas consienten, y aun fomentan, esta mutua comunicación y compenetración de ciudadanos de distintas naciones. Hay, pues, dentro de un mismo territorio nacional, quienes son nacionales y quienes son extranjeros; es decir, quienes están jurídicamente ligados al Estado como miembros suyos, gozan de los derechos y deben cumplir las obligaciones establecidas en las leyes, y quienes no están ligados al Estado como miembros suyos, y sólo gozan de aquellos derechos y están sometidos a aquellas obligaciones que su calidad de hombres y las conveniencias de la convivencia internacional exigen.

¿Quiénes se reputan nacionales y en qué forma se obtiene esta condición? Con profundo criterio respondía ya Suárez[1]

1 *De Legibus*, l. III, c. 31, n. 6.

que, "hablando en general, de la misma manera que se constituyen miembros actuales de un cuerpo físico los elementos que se unen en él por una unión proporcionada a la naturaleza del cuerpo y por la que quedan sometidos al movimiento vital de todo el cuerpo; así, en el cuerpo político, se juntan sus miembros por la unión moral a dicho cuerpo, unión que no es la misma en todos los organismos morales, sino proporcionada a su manera de ser".

"Así, en la república civil (en el Estado civil), una vez que está constituída, el nacimiento, el origen natural, ordinariamente, los hará miembros de determinada sociedad política. En otras comunidades especiales, suelen utilizarse otros medios, como una ceremonia de recepción, un juramento, una promesa, etcétera."

En estas breves palabras está indicada compendiosamente la manera general de obtenerse la nacionalidad. Por de pronto, en las sociedades políticas ya constituídas (porque, en las que se están constituyendo, el mismo consentimiento que engendra la sociedad dará a los que las forman esa condición de nacionales), se presenta como medio normal y ordinario, el *origen natural,* dentro de cuya frase se comprende perfectamente el origen territorial y el de sangre. Pero oportunamente añade el eximio doctor la palabra ordinariamente, porque siempre se han admitido otros medios de obtener la nacionalidad, con mayor o menor amplitud, más o menos modificados por el ambiente y progreso cultural de las distintas épocas y países.

Los principios que han discutido los tratadistas y han aplicado las legislaciones para la adquisición o pérdida de la nacionalidad, pueden reducirse a tres: el llamado *jus soli,* según el cual, el carácter de nacional se adquiere por el hecho de nacimiento en el territorio de una nación; el *jus sanguinis,* que hace a los hijos de la misma nacionalidad que a sus padres; y el principio *de la libertad,* que lo deja al arbitrio individual, suponiendo que es un derecho personal la elección de la nación a que se pertenece.

Estos principios se han admitido con mayor o menor rigidez y exclusivismo, según las ideas públicas dominantes en diversos pueblos y en distintas épocas. Así, en las épocas de predominio feudal, en que se suponía que cuanto nacía en los dominios del señor le correspondía, nada tiene de particular que tuviese mayor aplicación el *jus soli,* que

a los nacidos en la tierra del señor se les considerase súbditos del mismo. A ello contribuía la presunción de que todos nacían en su tierra de donde eran originarios y la dificultad de las comunicaciones.

Poco a poco, ha ido dominando el principio *de la libertad,* que se manifiesta, por ejemplo, en la libertad de emigración aceptada en todos los pueblos modernos, y en las facilidades que se ofrecen para la naturalización en diversas naciones. Es, sin duda, el más racional; los fines humanos no están circunscritos a regiones, ni pueblos determinados, y quizá el cambio favorezca mucho su consecución. La intensidad y comodidad de comunicaciones coadyuva al mismo fin, si bien debe evitarse el peligro de que la libertad, para cambiar de nacionalidad, se convierta en medio hábil para eludir cargas y responsabilidades propias de toda sociedad humana, y origine situaciones anormales, en que no sea posible determinar la personalidad jurídica de los individuos. Así se admiten como axiomas, que "nadie puede hallarse en posesión de dos nacionalidades o ciudadanías", y que "nadie puede permanecer sin nacionalidad".

No puede decirse, sin embargo, que domine por completo el principio de la libertad. Aplícase también el principio del *jus soli,* y, sobre todo, el del *jus sanguinis;* ya a modo de presunción de la voluntad del que nace de padres de nacionalidad definida o en un territorio determinado; ya, también, por conveniencias de los pueblos, a los que la corriente emigratoria o inmigratoria puede favorecer o dañar, según los casos.

En nuestros tiempos, obedeciendo a distintas tendencias, han aparecido también nuevos y contrapuestos principios que determinan la adquisición o pérdida de la nacionalidad; principios que buscan su fundamento o en aspectos sociales o condiciones de raza.

La Constitución *bolchevique* sólo otorga la ciudadanía a los trabajadores urbanos y a los campesinos de cualquiera nación o raza de que procedan, excluyendo todas las demás condiciones sociales. En cambio, otras tendencias conceden excepcional importancia a la raza, que puede acarrear (entre otras limitaciones) la pérdida de la nacional o es causa de conservarla aun estando sometidos a otras soberanías. Pueden consultarse tales doctrinas en "Mi lucha" de Hitler y sus aplicaciones en la legislación alemana nacional-socialista, en las leyes de Nuremberg...

Así, en los jóvenes países americanos, de gran capacidad territorial y económica, aún no satisfechas, es natural se favorezca el principio territorial, prescindiendo más del *jus sanguinis.* El artículo quinto de la Constitución política de la República de Chile (Constitución de 1925) afirma simplemente que los nacidos en el territorio de de Chile son chilenos; y, a los extranjeros que allí residen, sólo exige

para obtener carta de ciudadanía, la residencia de un año y la manifestación de su deseo ante la Municipalidad en donde vivan. En cambio, las naciones de la vieja Europa tienden a conservar unidos a sí, con el vínculo de la nacionalidad, a todos los que, nacidos en su territorio o fuera de él, pero de ciudadanos suyos, abandonen la tierra nativa por apremios o aspiraciones económicas, procurando evitar así el empobrecimiento de la savia de su vida, con la disminución de su población. Por eso, ponen trabas a la desnacionalización, y suponen nacionales a los hijos de sus ciudadanos, aunque nazcan fuera de la patria.

De aquí la necesidad de acudir, en cada caso, al derecho positivo de cada Estado, para conocer cuándo y cómo nace, se conserva y se pierde la nacionalidad, pues cada pueblo acepta más o menos esos principios y hace de ellos diversísimas aplicaciones. A veces se impone la nacionalización a consecuencia de ciertas circunstancias o actos, como una residencia prolongada; y otras se impone la desnacionalización, v. gr., al que reside en el extranjero en determinados adjuntos.

6. Legislación española.[1] — Las reglas que la legislación pública española adopta para la adquisición y pérdida de la nacionalidad, se fundan, sobre todo, en el principio de libertad; puesto que no impone a sus naturales la nacionalidad propia, ni impide a los extraños la adquisición de la misma. Pero combina ese principio con el del *jus sanguinis* y el *jus soli*.

La Constitución de 1931 establecía las bases legislativas para la adquisición y pérdida de la nacionalidad en sus arts. 23 y 24. Pero, como según el preámbulo del Decreto de 24 de mayo de 1938 "no puede considerarse vigente, en ninguno de sus apartados, la Constitución de la República", a falta de una disposición legal de carácter público, hemos de acudir a los arts. 17 al 28 del Lib. I del Código Civil: "De los españoles y extranjeros" que están vigentes.

Ahora bien: el Código Civil no hizo en este punto otra cosa que copiar en su art. 17 el art. 1.º de la Constitución de 1876, y aplicar en los siguientes hasta el 28 los principios directivos de la misma Constitución. Son, por otra parte, esos arts. del 17 al 28, de índole general, cuya aplicación, por lo tanto, no se limita a las relaciones puramente de carácter privado o civil.

---

1 V. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*, t. I. Reus-Madrid 1949. 7.ª edición.

Esto supuesto, *son españoles*:

1) Las personas nacidas en territorio español.

2) Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.

3) Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.

4) Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

El contenido *del número 1)* del art. precitado: "Son españoles las personas nacidas en territorio español" necesita alguna aclaración. Se presume y son considerados como tales, los nacidos en territorio español de padres que sean españoles, y los nacidos en España de padres desconocidos, mientras no adquieran naturaleza en país extranjero. Pero los nacidos en España de padres extranjeros, no son españoles; porque los hijos, según el art. 18 del Código Civil, mientras permanezcan bajo la patria postestad, tienen la nacionalidad de sus padres. Por lo mismo, para que los nacidos en España de padres extranjeros gocen de la calidad de españoles, es menester que los padres manifiesten que optan a nombre de sus hijos por la nacionalidad española, renunciando a toda otra. Los mismos hijos pueden hacer esa manifestación, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación. (C. civ. art. 19.) Esas manifestaciones se deben hacer por los interesados, si se hallaren en España, ante el encargado del Registro Civil del pueblo donde residan; si se hallaren en el extranjero, ante los agentes consulares y diplomáticos del Gobierno español; o dirigiéndose al Ministro de Estado en España, cuando el Gobierno español no tuviera allí ningún representante.

"*Son también españoles los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.*" No ofrece dificultad la inteligencia del artículo, tratándose de hijos legítimos y de padres conocidos; ni tampoco de hijos no legítimos, pero de padres o de padre conocidos. Cuando el hijo fuera ilegítimo y el padre desconocido, seguirá la nacionalidad de su madre.

Respecto de la mujer casada establece el art. 22 del Código Civil que "la mujer casada sigue la condición y nacionalidad del marido".

En contraposición de este precepto había establecido el art. 23 de la Constitución de 1931, que "la extranjera que case con español conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción regulada por las leyes, de acuerdo con los Tratados internacionales". Clara se ve la intención de los autores de la Constitución

republicana de obtener por reciprocidad, la conservación de la nacionalidad de la española que casare con extranjero. Pero no vinieron las disposiciones legales que habían de regular ese derecho de la mujer; y el Decreto de 24 de mayo de 1938, alegando además la anulación de la Constitución de 1931, dispuso que la condición y nacionalidad de la mujer casada se rija en España por el art. 22 del Código Civil. Rectificación confirmada por el Decreto de 9 de noviembre de 1939, que aclaraba, además, que "la condición y nacionalidad de la mujer casada ha continuado rigiéndose en España durante la vigencia de la Constitución republicana y hasta la publicación del Decreto de 24 de mayo de 1938, por el art. 22 del Código Civil. Apoyaba el Decreto, teóricamente, la rectificación, en que el principio establecido por la ley fundamental republicana, pugnaba "con la unidad e indivisibilidad del matrimonio y con la cohesión familiar que constituyen base y postulado de la España actual". (Dec. de 9 de nov. de 1939.)

Son españoles "*los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza*". El art. 25 del Código Civil exige que renuncien previamente a la nacionalidad anterior, juren la Constitución de la Monarquía y se inscriban como españoles en el Registro Civil; y el art. 98 de la Ley del Registro Civil exige que el reclamante esté emancipado y haya llegado a su mayor edad, según la ley de su origen.

Téngase presente (R. D. 17 de noviembre de 1852, art. 45) que el tranjero que obtuviere naturalización en España, sin el conocimiento y autorización de su Gobierno respectivo, no se libertará de las obligaciones consiguientes a su nacionalidad primitiva. En consecuencia, cuando un extranjero se haya naturalizado en España, sin autorización de su Gobierno, y pretenda por este medio eximirse de las obligaciones del servicio militar u otras que le correspondiesen en su patria primitiva, el Gobierno español no sostendrá la exención; así como no la reconocerá en un español que alegase cambio de su nacionalidad, sin haber obtenido la autorización expresada".

Nuestra vieja "Novísima Recopilación"[1] señalaba cuatro clases de cartas de naturaleza:

1. Para gozar de todo lo eclesiástico y secular, sin limitación alguna.

2. Para todo lo secular, sin comprender nada que toque a lo eclesiástico.

---

1 Nota 5.ª, tít. 4.º, l. 1.

3. Para obtener cierta cantidad de renta eclesiástica en prebenda, dignidad o pensión, sin exceder de ella.

4. Para lo secular, y sólo para gozar de honras y oficios como los naturales, exceptuando todo lo que está prohibido por las condiciones de los millones.

Las tres primeras se concedían por el Rey, precediendo consentimiento del Reino por medio de las ciudades y villas que tenían voto en Cortes; y la última, por medio de la Cámara de Castilla. Pero, de hecho, ya no existen esas diversas cartas de que habla la "Novísima Recopilación". Sólo existe una naturalización, y ella plena, por la que naturalización se concede por medio de un D. de Gobernación, de acuerdo con la Comisión permanente del Consejo del Estado. Los trámites son los siguientes: Se dirige solicitud de carta de naturaleza, debidamente documentada, al Ministerio de Gobernación, expresando la edad, estado, profesión y todas las condiciones personales del interesado, con expresión de la causa que le impulsa a solicitar la nacionalidad española. Previos los informes de las autoridades locales del punto de residencia del solicitante (o de las consulares españolas si reside en el extranjero) y el informe del Consejo de Estado, se expide la carta de naturaleza mediante Decreto, que se publica en el *Boletín Oficial del Estado*.[1] El naturalizado debe prestar juramento a la Constitución y de obediencia a las leyes, debe renunciar a todo pabellón extranjero e inscribirse en el Registro Civil. Parece también que la concesión es en absoluto discrecional.

Son españoles "*los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía*".

Por fin,[2] un R. D. de 6 de noviembre de 1916, concretó las condiciones necesarias para ganar la vecindad.

En la actualidad, está regida por el D. de 29 de abril de 1931.[3] El cual exige para ganar vecindad:

---

1 V. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español.* Tom. I, 7.ª edic., página 450 (Reus-Madrid, 1949).

2 Como se dice en el preámbulo-exposición del R. D., a pesar de lo consignado en el art. 44 del R. D. de extranjería, y del precepto constitucional, aún no se había dictado una disposición que fijara las formalidades y condiciones para ganar vecindad, y obtener, por medio de ella, la nacionalidad. Olvido que acarreaba grandes abusos.

3 Es complementaria la Orden de 9 de marzo de 1939, que determina los documentos que han de presentarse para promover el expediente de justificación de vecindad, así como los precisos para probar las circunstancias especiales previstas en el Decreto.

1) *Residencia en territorio español,* durante lapsos de tiempo distintos según las circunstancias del extranjero:

a) Uno general de diez años, acreditado por cualquiera de los medios establecidos en derecho (art. 2.°).

b) De cinco años para aquellos extranjeros que reúnan algunas de las circunstancias siguientes: I) haber contraído matrimonio con mujer española; II) haber introducido o desarrollado en España una industria o un invento de importancia no implantado anteriormente; III) ser dueño o director de alguna explotación agrícola, industrial o establecimiento mercantil; IV) haber prestado señalados servicios al Arte, Cultura, o Economía Nacional o haber favorecido en forma notable los intereses españoles;

c) Plazo reducido de dos años, cuando se trata de nacionalizados en las repúblicas hispano-americanas, Portugal y Brasil o de naturales de la zona marroquí sometida al Protectorado español.

2) *Expediente de nacionalidad y su tramitación.* "El extranjero que para el efecto de obtener la nacionalidad española desee justificar su vecindad, deberá promover en el Juzgado municipal de su residencia el oportuno expediente, que se inicie mediante presentación de instancia firmada por el interesado o por mandatario suyo con poder especial, y acompañada de los documentos justificativos de la petición." (Estos documentos los especifica la Orden de 29 de abril de 1931, complementada por la Orden de 9 de marzo de 1939.)

Este expediente — que se tramitará con citación del Ministerio público, según dispone el art. 102 de la ley del Registro civil — será instruído por el Juez municipal, quien lo elevará con su informe a la dirección general de los Registros y del Notariado, la cual a su vez, y previa ampliación del expediente si fuera menester, lo elevará con su dictamen al Ministerio de Justicia, quien dictará la resolución que proceda, entrando en sus atribuciones el "denegar la concesión de nacionalidad cuando se acredite en el expediente que existen fundados motivos para ello". Para que produzca efecto legal la naturalización por vecindad se han de cumplir los requisitos complementarios, señalados antes, que son comunes a ella y a la naturalización por carta.

7. Situación jurídica del nacional. — La condición de nacional trae como consecuencia un conjunto de deberes y derechos que determinan la situación jurídica de la persona nacional, del ciudadano como tal.

a) DEBERES DEL NACIONAL. — Los deberes pueden revestirse de carácter jurídico o meramente moral, según que su cumplimiento pueda exigirse por la fuerza de la coacción o no pueda

reclamarse en esa forma. Deber de todo nacional, pero de carácter moral, es el amor a la patria. En ese amor deben inspirarse todas nuestras acciones, como nacionales, y es sentimiento natural y, de ordinario, muy vehemente.

Su debilidad o ausencia son síntomas de una grave perturbación social, de muy difícil remedio, y que puede poner en peligro la vida misma del Estado. Y decimos de muy difícil remedio, precisamente por su carácter moral y afectivo, y porque es imposible sujetar a regla alguna sus manifestaciones. Por lo mismo, las naciones modernas, para fomentar el espíritu nacional y conservarlo como depósito sagrado, echan mano de medios preferentemente morales, como la educación y la propaganda. Los medios jurídicos se emplean para prohibir propagandas contrarias y para castigar el desamor u odio a la patria, cuando exteriormente se manifiestan, sobre todo en el quebrantamiento de los deberes jurídicos, como ocurre en la desobediencia, traición, insultos de hecho o de palabra, etc.

Los deberes jurídicos se reducen al deber de obediencia y al deber de fidelidad. La obediencia se manifiesta en la sujeción a las leyes y preceptos que emanan de las autoridades legítimas del Estado. La fidelidad, que tiene más bien aspecto negativo, comprende el deber de abstenerse de actos que tiendan al daño del Estado.[1]

El deber de obediencia es evidente: se deriva de la necesidad de la autoridad. Porque pertenecer a un Estado, es sencillamente ser súbdito suyo, estar subordinado a la autoridad de sus leyes y preceptos.

Y eso, no porque el individuo sea para el Estado, sino, al revés, porque el Estado es para el individuo, según sabemos por Derecho natural. Pero el Estado no puede fomentar el bien público conforme a derecho, que es su fin propio, sin que los nacionales cumplan las disposiciones dictadas para ello. Por la misma razón, de la misma manera que el derecho y el bien público son el fundamento del deber de obediencia, así ellos señalan los límites y extensión de ese mismo deber.

Los deberes de que tratamos se clasifican en obligaciones de carácter personal (servicio militar, aceptación de cargos públi-

---

1 LABAND: *Droit public de l'Empire Allemand*, T. I, c. 4, sec. 1.ª, pp. 2 y 3.

cos, prestaciones personales), y obligaciones materiales (impuestos).

El servicio personal más importante es el servicio militar. Puede definirse diciendo que es la prestación personal con que durante cierto tiempo se contribuye a la conservación y defensa de la nación, formando parte de los cuerpos armados de mar, tierra y aire. Brota esta obligación de la necesidad de defender la integridad e intereses nacionales, y de hacer prevalecer el derecho en los conflictos internacionales, cuando no bastan para ello los medios pacíficos. Esta obligación podría satisfacerse de dos maneras: o contribuyendo al sostenimiento de un ejército de voluntarios, mediante el pago de un impuesto (voluntariado); o sirviendo personalmente a la patria (servicio militar obligatorio). Suavizan el rigor de este último sistema la redención a metálico y la sustitución personal. En la mayor parte de los Estados modernos se considera el servicio militar como una obligación personal, en la que no cabe ni distinción ni sustitución.

Las leyes de reclutamiento españolas, desde la Monarquía, imponían servicio militar de carácter universal, personal y obligatorio para todos los españoles. Está vigente en la actualidad la ley de reclutamiento de 8 de agosto de 1940 y el Reglamento de 6 de abril de 1943.

También las prestaciones materiales son de varias clases, siendo la principal la de los impuestos y contribuciones. Fúndanse en la necesidad que el Estado tiene de estos medios materiales para conseguir sus fines propios, de donde nace la obligación en conciencia de contribuir personal y materialmente a las necesidades del Estado, con el pago de contribuciones equitativas.

Las contribuciones y los impuestos son, hoy en día, la fuente principal de que dispone el Estado para obtener esos medios. Y la razón es que el Estado, según se dice, por su naturaleza, ordinariamente, no puede ser ni propietario, ni industrial, so pena de desviar la atención de sus fines peculiares y de perjudicar a los particulares. Y, por lo tanto, justísimamente puede y debe emplear el medio de exigir contribuciones a los particulares para satisfacer las necesidades públicas.

Leyes especiales, que no son de nuestra incumbencia, señalan los medios que el Estado tiene para hacer efectivos estos deberes y servicios, y el Código Penal las penas de los que no los cumplen.

El deber de obediencia lo establece el art. 2.º del *Fuero de los españoles:* los españoles deben servicio fiel a la patria, lealtad al Jefe del Estado y *obediencia a las leyes.* Y el cap. III, del Tít. II, del Libro II

del Código Penal, sanciona los delitos de desobediencia y desacato a las autoridades.

El deber de fidelidad tiene aspecto negativo, y comprende el deber jurídico de abstenerse de los actos que tienden al daño del Estado. A la fidelidad se opone la traición.

La traición, conforme al sentido de la palabra (traditio-entrega) y a la conciencia popular, es la violación de la fidelidad debida al Estado; siendo su carácter especial el de tender contra la piedad del ciudadano debida a su patria o a la persona del Soberano, que es el más elevado representante de aquélla. La traición militar tiene lugar en los casos en que se induce a una potencia extranjera a declarar la guerra al Estado propio; cuando se concierta uno con ella con el mismo fin; cuando se abandonan sus banderas para formar parte del ejército enemigo y casos similares.[1]

La traición diplomática consiste en la comunicación de secretos o de documentos de Estado; en la destrucción de piezas probatorias al objeto de poner a riesgo los derechos del Estado; en la dirección de negocios públicos con otro Gobierno en daño o detrimiento del propio. Ambas especies de traición son opuestas al deber de los súbditos de laborar por el bien de su patria.

b) DERECHOS DEL NACIONAL. — Tiene el derecho de exigir del Estado los beneficios de su protección, y el de participar, conforme a la Constitución, en la vida misma del Estado.

En primer lugar, tiene derecho a la protección en el extranjero; y, para asegurar y garantizar esa protección, organiza el Estado sus cuerpos diplomático y consular; y para hacerlos respetar y defender, existen los ejércitos de mar, tierra y aire.

La protección en el interior del país se manifiesta en la participación de los beneficios de la comunidad política. Es el aspecto de la protección más primario y esencial. Y si bien también los extranjeros, según los principios del Derecho internacional, disfrutan de los beneficios de la sociedad, nunca dejan de sufrir algunas limitaciones exigidas por la seguridad y supremos intereses de la nación en que viven, limitaciones que no constriñen a los ciudadanos.

La nacionalidad es, además, el fundamento del derecho a participar en la vida del Estado. Esta participación se muestra en la aptitud para alcanzar los empleos públicos, y en los lla-

---

1 V. Cód. Pen. L. 2.º, tít. I, cc. I y sig.; Cód. de Just. mil. tít. V, tr. 2, cc. I y sig.

mados derechos políticos, de los que se priva a los extranjeros. La medida de esta participación depende de la Constitución de cada Estado, que suele poner más o menos condiciones (edad, sexo, residencia, cultura, probidad, etc.) para el ejercicio de todos o algunos de los derechos políticos, o para la opción a los cargos públicos.

8. Pérdida y recuperación del carácter de nacional. — Siendo la libre elección el principio dominante para la adquisición de la nacionalidad, la consecución de una determinada lleva consigo la pérdida de otra, puesto que no se admite persona sin ninguna nacionalidad o con dos nacionalidades diferentes. Por eso, las legislaciones tratan el problema de la pérdida de esta condición al lado de la adquisición de la misma, como cuestiones correlativas, como, en efecto, lo son. Aplicándose los mismos principios, no resta más que señalar la doctrina positiva de nuestra patria en este punto.

Pierde la calidad de español:

1) El que adquiere naturaleza en país extranjero, con sujeción a las leyes del país de que se trata (art. 20 del Código Civil).

2) El que admite empleo de otro Gobierno o entra al servicio de las armas de una potencia extranjera, contra la prohibición expresa del Jefe del Estado (Fuero de los Españoles, art. 20 y Código civil, art. 20).

3) La mujer española que se casare con extranjero[1] (art. 22 del Código Civil).

4) Por delito de traición, definido en las leyes penales (Fuero de los Españoles, art. 20). Ahora bien: el Código penal de 1944 sólo impone esa pena a los extranjeros nacionalizados en España. Se puede dudar si el Fuero de los Españoles quiso extender este precepto a todos los españoles, conforme a su artículo 3.° que proclama la igualdad de aquéllos o sólo pensó en formular un precepto programático necesitado de legislación complementaria.[2]

---

1 Análogamente debe decirse de los hijos, bajo patria potestad, cuyo padre pierde la nacionalidad española; o del hijo de nacionalidad española, legitimado, adoptado, o reconocido por padre, y, en su caso, por madre, extranjero.

2 Véase CASTÁN: *Derecho civil español*, t. I. Nota a la p. 451. (7.ª edición. Reus, 1949).

5) El que resida en país extranjero en forma que esa residencia sea por sí suficiente para adquirir en él la consideración de natural, siempre que no manifieste la voluntad de conservar la nacionalidad de España al agente diplomático o consular español en cuyo caso seguirá siendo español y deberá ser inscrito en el registro que llevan estos agentes de los españoles residentes, así como sus cónyuges e hijos que tuvieren (art. 26 Código Civil). El individuo que deja de ser español, pierde la nacionalidad para todos los efectos legales.

La simple renuncia de la calidad de español, sin haber adquirido nacionalidad distinta, no es bastante para producir desde luego la pérdida de dicha cualidad, ni es inscribible la renuncia (R. O. 15 de marzo de 1900).

MODOS DE RECOBRARLA. — El que perdió la calidad de español por haberse naturalizado en el extranjero, la puede recobrar volviendo al reino, declarando que tal es su voluntad ante el encargado del Registro Civil que elija y renunciando al pabellón extranjero (art. 21 Código Civil).

La española casada con extranjero podrá también recobrar su nacionalidad disuelto el matrimonio, cumpliendo las condiciones anteriores (art. 22 ibid).

El que admitió empleo de Gobierno extranjero o entró al servicio de las armas en una potencia extranjera[1] necesita obtener previa rehabilitación (art. 23 ibid.). La rehabilitación se consigue por el Ministerio de la Gobernación, renunciando de antemano el interesado, ante el Cónsul del Estado cuya nacionalidad abandona, al pabellón del mismo y a los honores y derechos que hubiese obtenido. Además, para que la rehabilitación produzca sus efectos, es menester que el rehabilitado preste juramento de obediencia a las leyes, renuncie a todo pabellón extranjero y se inscriba en el Registro Civil correspondiente. No se exige la vuelta ni residencia en territorio español (R. O. de Gobernación de 17 de enero de 1887).

El nacido en país extranjero de padre o madre españoles (¿y por qué no el nacido en España?) que haya perdido la nacio-

1 El Decreto de 11 de febrero de 1945 concedió rehabilitación a quienes perdieron la nacionalidad por combatir con las fuerzas armadas de naciones beligerantes.

nalidad española por haberla perdido sus padres, podrá recuperarla haciendo tan sólo la manifestación de que habla el artículo 19 del Código Civil. Se requiere, naturalmente, que sea emancipado o mayor de edad.

9. Población extranjera. Su situación jurídica.[1] — Dentro del territorio nacional y a una con la población estrictamente nacional, viven los no nacionales; es decir, los extranjeros, a quienes el Derecho internacional reconoce justamente el derecho de habitación y el libre ejercicio de algunos derechos y profesiones civiles.

Por exclusión, y de un modo negativo, podríamos definir a los extranjeros, diciendo que son todos los que no son españoles. A este principio se acomoda el R. D. de 17 de noviembre de 1852, cuando en su artículo 1.º señala quiénes se consideran extranjeros. Dice así:

Artículo primero. — Son extranjeros:

1) Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España.

2) Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad de España.

3) Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros o de padre extranjero o de madre española, si no hacen aquella reclamación.

4) Los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española.

5) La mujer española que ha contraído matrimonio con extranjero.

En los Gobiernos Civiles de las provincias y en los Consulados respectivos de las naciones extranjeras establecidas en España, se llevarán registros (que se confrontarán anualmente) con los nombres y demás circunstancias de los extranjeros residentes en España (R. D. de 17 de noviembre de 1852, arts. 9 al 12).

En cuanto a la condición jurídica de los extranjeros residentes en territorio español, la legislación española, conforme con los principios del Derecho internacional, no sólo admite a los extranjeros respetando en ellos los derechos fundamentales humanos, sino que tiende

---

1 Véase CASTÁN Y TOBEÑAS. Op. cit., Tomo I, pp. 453 y ss.

a equiparar a los extranjeros con los nacionales en el disfrute de los derechos civiles, sometiendo sólo su ejercicio a leyes y preceptos especiales que su misma situación y bien reclamen. Se les excluye, sin embargo, y con justicia, de los cargos públicos y del disfrute de los derechos políticos. El art. 27 del Código Civil dispone que "los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado o en Tratados internacionales". Esto supuesto, el art. 2.º de la Constitución de 1876 disponía: "podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquiera profesión, para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas".

"*Los que no estuvieren naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción.*"

Concuerda este precepto con el art. 17 del Código Civil y con lo ya determinado en el R. D. de extranjería (c. III) ya citado.

Los extranjeros, a su vez, mientras habiten en teritorio español, están sometidos a la legislación española en cuanto así lo exijan los intereses de la nación y el bien público. Y eso, no sólo por razón de justa reciprocidad, por los derechos que se les concede, sino porque lo exige el bien de la justicia. Pues, como bien advirtió Suárez,[1] para el buen gobierno de los pueblos, para la paz y buenas costumbres es moralmente necesario que todos los que habitan un territorio, aún los extranjeros, observen las leyes que para dicho fin ha promulgado la autoridad legítima.[2]

Conviene advertir que nuestra legislación patria ha sido de las más progresivas y adelantadas en reconocer al extranjero todos sus derechos y en librarle de las restricciones y vejámenes con que los oprimían las antiguas leyes y costumbres paganas y no pocas cristianas. En los despóticos imperios orientales, en la culta Grecia y Roma, se le consideraba, por punto general, como enemigo y jamás se le permitió el libre ejercicio de su actividad privada, como la legislación e historia de esos pueblos lo demuestran. Y aun la sociedad cristiana medioeval se resintió de esos resabios greco-romanos, hasta que, lenta pero seguramente, fué purificándose de ellos al contacto e influencia de las ideas cristianas. Pues bien: en este camino de justa reparación, España, no sólo no fué a la zaga de las naciones que pretenden en

1 *De Legib.* l. II, c. XXXIII, n. 3.
2 Véanse los arts. 8 y sigs. del Tít. Preliminar del C. Civil, cuyo conocimiento y amplio desarrollo corresponde a otras disciplinas.

Europa haber sido las primeras, antes al contrario, las precedió. Nuestro eminente civilista D. Benito Gutiérrez, deshace esa partecita de la leyenda negra europea contra nuestra ciencia.[1] Dice así: "Tratando la cuestión de si el extranjero debe gozar en Francia de los derechos civiles, el orador (M. Treilhard), en la exposición de motivos sobre el Código francés, acusó de ingratitud a los demás pueblos por no haber correspondido al llamamiento de la Asamblea Francesa, que suprimió el derecho de albana. No han sido muy aficionados los hombres más doctos de ese país a examinar las costumbres y las tradiciones del nuestro; si el jurisconsulto no las ignoraba, fué olvidadizo o injusto en no haber consignado una excepción en honra a nuestra patria."

"Pues, mucho antes que Montesquieu denunciase el derecho de *albana* a todas las naciones como un derecho insensato, y mucho antes que la Asamblea constituyente pronunciase su abolición íntegra y absoluta sin condición de reciprocidad, y como medio de llamar un día a los pueblos al beneficio de una fraternidad universal, antes, mucho antes, había desaparecido en España, en cuya nación no se ha impedido ni se impide a los extranjeros naturalizados, o no naturalizados, disponer libremente de sus bienes por contrato inter vivos o por última voluntad, ni tampoco se han confiscado, ni se confiscan los bienes de los interesados."[2]

10. Nacionalidad de las personas jurídicas. — No es éste el lugar de estudiar ni el fundamento, ni la naturaleza, ni las clases de personas jurídicas, cuestión que corresponde a otras disciplinas. Sólo nos corresponde indicar algo sobre su nacionalidad.

Siendo la naturaleza de la persona jurídica tan diferente de la de las personas individuales, no pueden aplicarse a aquélla los criterios que hemos aceptado para éstas en la determinación de su nacionalidad. Esto supuesto, no hay por qué hablar de la nacionalidad de las personas morales públicas: Estado, provincia, municipios e instituciones que representan y desarrollan la actividad de esas entidades, como Asilos, Hospitales, Centros docentes, etc. Su nacionalidad no puede ser otra que la del Estado de que forman parte. En cambio, para la determinación de la nacionalidad de las *personas jurídicas privadas,* pudieran es-

---

1 V. *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,* t. I, l. I, c. I, p. 233.

2 V. BENITO GUTIÉRREZ en el pasaje citado, y CASTÁN en su obra citada (p. 454) en donde detalla las restricciones a que la capacidad jurídica de los extranjeros está sometida.

cogerse varios puntos de vista: la nacionalidad del Estado que reconoce o autoriza la persona colectiva; la del territorio en que se constituye o domicilio que adopta; la de los asociados o la de la mayoría de los accionistas... o la combinación de estos distintos criterios. Pero, de hecho, la discusión queda reducida a si se ha de dar preferencia exclusiva o predominante a la libertad o autonomía privada o a la imposición de la ley.

Pero ninguno de los dos sistemas, exclusivamente adoptado, se libra de graves inconvenientes que nacen ya de los caprichos de una voluntad enteramente libre, ya de las imposiciones de una ley omnipotente. Los inconvenientes han conducido a las diversas tendencias al terreno moderado de una libertad personal, limitada por ciertas condiciones que puede imponer la ley.

A eso se reduce el criterio ordinariamente seguido del domicilio de la entidad colectiva, que determina su nacionalidad. Domicilio por el que puede entenderse la residencia de la dirección o gerencia de la persona jurídica (pues de ella recibe la vida e inspiraciones el ser colectivo), o el territorio en donde realiza sus fines (pues allí desarrolla su actividad).

Del artículo 28 de nuestro Código Civil, se desprende que la legislación española reconoce las personas morales, tanto españolas como extranjeras, y que es el domicilio el que fija su nacionalidad. Dice así: "Las corporaciones, fundaciones y asociaciones reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados y leyes especiales."

Respecto del domicilio, establece el mismo Código (art. 41) que: "cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o reglas de su fundación, fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal o donde ejerza las principales funciones de su instituto".

Admite, pues, la ley española para la fijación del domicilio de una persona jurídica y en orden sucesivo, los criterios siguientes:

1) Ley que crea y reconoce la persona y señala su domicilio.
2) Los estatutos de su fundación, que también lo pueden señalar.

A falta de los anteriores criterios:

3) El lugar de su representación legal; y
4) Lugar donde ejerza las principales funciones de su instituto.

Rige, pues, la autonomía de la voluntad que se manifiesta en la

elección del domicilio, elección que queda, en primer lugar, a merced de la ley (principalmente en las personas jurídicas públicas), y luego de los estatutos fundacionales (obra de la libre decisión de los fundadores), y, a falta de estos criterios, vienen el del lugar en que se establezca la representación legal o donde se ejerzan las funciones principales de su instituto. El sentido del artículo aparece claro al señalar, por su orden, primero la ley y luego los estatutos. En los otros dos extremos restantes, hay alguna confusión pues la partícula -o- pudiera inducir a que se les tomara como sinónimos. Sin embargo, la distinción obvia y evidente entre ambos extremos hace suponer que, para determinar la nacionalidad, el criterio del país donde la persona jurídica ejerza sus funciones, ha de aplicarse en último lugar; en el caso, muy raro sin duda, en que no pueda determinarse, ni por la ley, ni por los estatutos, ni por el lugar en que resida el Consejo directivo o la gerencia.

CAPÍTULO CUARTO

SUMARIO: 1. El territorio. Su necesidad para la vida del Estado. No es elemento esencial. — 2. Territorio nacional. Territorio terrestre y marítimo. — 3. Espacio aéreo: opiniones. — 4. Derecho aéreo positivo. R. D. de 15 de noviembre de 1919. — 5. Relaciones del Estado con el territorio. Teorías de territorio objeto, territorio límite, territorio sujeto. — 6. Nuestra opinión. — 7. Influencia del territorio en la estructura y vida del Estado. Errores y exageraciones. — 8. La Geopolítica. — 9. Nota crítica.

1. El territorio. Su necesidad para la vida del Estado. No es elemento esencial. — El territorio es la parte del globo sobre la que el Estado despliega su actividad soberana.[1]

Es a la sociedad el territorio lo que el suelo al hombre; y así como no se concibe al hombre sino viviendo sobre el suelo, así tampoco a la sociedad sino asentada en una parte del suelo de la tierra sobre la cual ejerza su dominación. Las tribus nómadas que vagan por la superficie de la tierra, sin fijarse en ninguna determinada región, si bien estrictamente y en el rigor metafísico de las palabras son y pueden llamarse Estados, sin embargo, se deben considerar como agrupaciones humanas que no forman sino un Estado imperfecto, porque carecen de un elemento indispensable para desenvolverse, progresar y aun existir de una manera durable. Por eso la estancia permanente de una población numerosa en un país determinado es la señal característica del tránsito del estado salvaje al civilizado.

Pero para no falsear el carácter propio del territorio y para colocarle en el lugar que le corresponde entre los elementos del Estado, nótese bien que el Estado necesita un territorio en cuya área ejerza exclusivamente su jurisdicción. En primer lugar, para cumplir su fin de fomentar el bienestar temporal, porque

---

1 GIL Y ROBLES: Op. cit., t. I, l. I, c. III; GÜENECHEA: *Principia Juris politici*, vol. I, c. 2.°; J. DAVIN: *Doctrina general del Estado*, n. 18 y sig. Trad. española. Editorial Jus-Méjico, 1946; G. BALLADORE PALLIERI: *Diritto costituzionale*, p. 13. Milano-Giuffré, 1949.

es el territorio el que le puede proporcionar los recursos indispensables; y, en segundo lugar, para su seguridad e independencia. Y es evidente que estos bienes primarios — la seguridad, independencia y recursos de vida — habían de quedar en precario y sin lograrse, con la intromisión en la misma zona de otra autoridad extraña, tan autónoma e independiente como la primera.

Pero no por eso el territorio es elemento esencial del Estado, ni es sobre la zona territorial sobre la que se funda su personalidad internacional; ésta se asienta sobre una autoridad y jurisdicción autónoma que rige una agrupación de personas.

De aquí la impropiedad con que algunos definen el Derecho internacional como un *jus inter territoria,* y la inexactitud con que incluyen el territorio entre los elementos esenciales del Estado.[1]

El territorio no es de esencia del Estado, es un elemento extraño a él, aunque tan necesario para su existencia y vida, como el aire y el alimento para el hombre, sin los que no puede vivir, pero que no forman parte de él, ni esencial ni integralmente. De aquí la equivocación en que incurren algunos autores modernos al referirse a este punto, y al determinar las relaciones que unen al territorio con el Estado.[2] Así M. Duguit, para no citar más que un solo contemporáneo, cuando dice: "el territorio es un elemento constitutivo de esta persona (Estado); es decir, que esta persona jurídica, titular de la soberanía política, no puede existir, si no hay un territorio exclusivamente afecto a la colectividad que le sirva de soporte".[3]

Nótese aquí una confusión de dos conceptos distintos entre sí: el concepto de lo necesario y de lo esencial. Por regla general, todos han reconocido y reconocen la necesidad de un territorio determinado para la existencia y vida normal de un Estado; pero no se incluye ni debe incluirse esa nota en la definición del Estado, porque la verdadera definición sólo debe abarcar los caracteres esenciales del ser

---

1 J. DAVIN: Op. cit., loc. cit., n. 21.

2 Tampoco es exacto JELLINEK, cuando afirma: "que la necesidad de un territorio determinado, para que pueda tener existencia un Estado, ha sido reconocida por vez primera en los tiempos modernos..."; que, a su parecer, "fué Kluber quien primero ha definido un Estado, como una sociedad civil con un determinado territorio". (JELLINEK: *Teoría general del Estado,* t. II, p. 18.)

3 *Manuel de Droit Constit.* 1907, párr. 24; *Traité de Droit Constitutionnel,* t. II, párr. 7 (Ed. 1923).

definido, sin los que no puede concebirse, pero no los meramente necesarios a su existencia.

Por la misma razón, nos parece inexacto afirmar que el territorio es un elemento subjetivo del Estado; porque la sociedad política es esencialmente una reunión de seres humanos que utiliza los elementos de la naturaleza, como el suelo con todos sus caracteres, para alcanzar sus fines legítimos. Y, por lo tanto, otorgar al territorio el carácter de elemento subjetivo del Estado, es atribuirle una categoría que repugna esencialmente a su naturaleza. De la misma confusión nacen las teorías equivocadas del Territorio-objeto, Territorio-límite, de las que haremos en seguida alguna indicación.

2. Territorio nacional. Territorio terrestre y marítimo.[1] — El territorio nacional comprende no sólo la tierra firme donde ejerce el Estado la soberanía, sino también parte del mar litoral y la atmósfera que gravita sobre el suelo de la nación, y ahora se habla de la llamada *plataforma litoral;* y por ficción de derecho, las embajadas españolas en el extranjero y los buques nacionales, aunque naveguen fuera de las aguas territoriales.

El territorio firme nacional está encerrado dentro de líneas que se llaman límites o fronteras. Los verdaderos límites son las líneas geométricas señaladas en los tratados y que, a veces, se manifiestan más o menos visiblemente, según la naturaleza del territorio, por mojones, zanjas, etc. Y estas líneas geométricas son las verdaderas fronteras de las naciones, fronteras que algunos llaman artificiales, para distinguirlas de las naturales, formadas por el mar, ríos, montañas y cuantos obstáculos se oponen o se han opuesto a la libre comunicación de los hombres. Claro es que las verdaderas fronteras naturales y la especial configuración geográfica han contribuído a la formación de determinadas naciones separando unos pueblos, intensificando la unión de otros, labrando, poco a poco, los contornos y perfiles de su personalidad. Pero no hay obstáculo natural que no ceda a la libertad, al genio y al instinto de la sociabilidad humana; y así el mar y los ríos, de obstáculos se han convertido en aptísimos medios de comunicación; y las barreras de las montañas, fácilmente las vence el trabajo y el ingenio de los hombres.

---

1 Véase L. Le Fur: *Précis de Droit International public*, n. 132; Jean Devaux: *Traité élémentaire de Droit International public*, p. 73; G. Balladore Pallieri: *Diritto Internazionale pubblico.* (Milano, 1948), nn. 138 y ss.

Dentro del territorio nacional y siguiendo su condición jurídica, se incluyen los lagos y mares encerrados dentro de sus límites y los ríos que los atraviesan. Los mares abiertos y los que con sus aguas bañan las orillas de distintos pueblos, lo mismo que los ríos internacionales, son objeto de régimen especial que corresponde definir y caracterizar al Derecho internacional.

Forma parte del territorio nacional el mar llamado jurisdiccional; o sea, una faja o zona del mar paralela a las costas de los Estados, en una extensión que actualmente llega a tres millas inglesas, si bien España se ha reservado seis millas, para perseguir el contrabando y regular la pesca.

La extensión del mar territorial, es decir, la anchura de la zona marítima a donde llega la jurisdicción del Estado ribereño, ha fluctuado bastante, tanto en teoría como en la práctica. Por costumbre se había admitido la regla por que se medía la anchura del mar territorial por el alcance de los cañones. Esa regla había fijado en tres millas la extensión del mar territorial. Pero fácilmente se comprende la continua variación a que los progresos de la técnica de la guerra habrían de someter a esa regla. Hoy en día habría de extender el mar territorial hasta 150 kilómetros, límite evidentemente exagerado.

En la reunión del "Instituto de Derecho Internacional" (sesión de Estocolmo, 1928) se propuso y discutió de nuevo el problema, y el art. 2 del proyecto fijó la extensión del mar territorial en tres millas marinas. Pero "un uso internacional puede justificar el reconocimiento de una extensión mayor o menor que la de tres millas".

Pero esta última cláusula quita todo valor fijo a la regla y hace que la extensión de la faja marítima dependa, en gran parte, de la voluntad y convenios de las naciones, y que pueda variar. España, por ejemplo, se había reservado seis millas para perseguir el contrabando y regular la pesca. Tampoco están acordes los autores sobre los derechos que el Estado puede ejercer sobre el mar territorial. Convienen todos en que corresponde al Estado el derecho exclusivo de pesca, el de policía y vigilancia en materia aduanera, de sanidad y de reglamentación de la navegación. Pero no faltan quienes reclaman para el Estado sobre la zona marítima territorial todos los derechos de soberanía, porque así lo exigen su seguridad e independencia y los vitales intereses morales y materiales de los pueblos. Sin perjuicio, en tiempo de paz, del derecho del pasaje inofensivo que se concede a los barcos, de guerra y mercantes, de todas las naciones civilizadas

Naturalmente que, en tiempo de guerra, los derechos del Estado se refuerzan y se extienden hasta los límites de la soberanía más plena.[1]

En este mar jurisdiccional están incluídos los puertos y radas enclavados en la costa y en los que ejerce el Estado plena soberanía. Suele y debe el Estado, por regla general, declararlos libres, es decir, abiertos al comercio y navegación de todos los países; pero puede, o mantenerlos cerrados, ya por conveniencias militares, ya para destinarlos exclusivamente a la bandera nacional y comercio de cabotaje, o darles una situación especial, como la de los llamados puertos francos, en los que admite buques mercantes de cualquier clase y sus cargamentos, los cuales pueden ser objeto de contratación, sin sufrir las cargas fiscales.

Finalmente, conviene recordar algunas recientes pretensiones de los Estados sobre la *Plataforma litoral.* Con tal expresión se designa el subsuelo marítimo más próximo a la tierra firme, y de una profundidad inferior a 200 metros. Esta zona tiene geográficamente sus caracteres peculiares y es bien distinta del subsuelo marítimo que más adelante se hunde en grandes profundidades. Recientemente varios Estados reivindican algunos derechos sobre la plataforma litoral, considerándola como un accesorio de la costa, y hasta han reclamado algunos derechos sobre las aguas marítimas que la cubren. Así los Estados Unidos de América, con la Ley de 28 de setiembre de 1945, Méjico (29 de octubre de 1945) y la Argentina (9 de octubre de 1946). De momento sólo se trata de pretensiones particulares de pocos Estados, y no se puede hablar aún de la existencia de una norma internacional, que reconozca al Estado costero derechos sobre tal zona, similares a aquellos que le competen sobre el mar territorial.[2]

El alta mar, el que se extiende más allá de la zona territorial, es considerado en los tiempos modernos como espacio libre, de uso común para todas las naciones, y en el que ningún Estado puede imponer su dominación exclusiva. Cabe la gloria de haber iniciado esa doctrina progresiva en el campo del derecho público a nuestros compatriotas, como Vitoria, Vázquez Menchaca, si bien la mayor parte de los autores extranjeros, y aun españoles, adjudican ese honor a Hugo Grocio en su obra *Mare liberum.*[3]

---

1 LE FUR: *Précis de Droit International public.* n. 713; JEAN DEVAUX: *Traité élémentaire de Droit International public,* n. 297; G. B. PALLIERI: *Diritto Internazionale pubblico,* Loc. cit.; EUGENE PEPIN: *Le droit Aérien.* Recueil des cours, 1947. II. Tomo 71. Recueil Serey. París.

2 V. PALLIERI: Op. cit., n. 136.

3 V. PEDRO G. DE MEDINA: *Aporte de Fernando Vázquez de Menchaca a la "Escuela española de Derecho Internacional".* (Tolbeto) La Habana,

3. Espacio aéreo.[1] **Opiniones.**— El territorio en el que el Estado ejerce su soberanía, comprende también el espacio aéreo que gravita sobre el suelo nacional y el mar jurisdiccional.

Antes de que el hombre llegara a dominar de hecho la atmósfera por medio de los aparatos voladores, pudieron las naciones desentenderse de su uso y descuidar el problema de los derechos que les pudiese corresponder sobre ella. Hoy ya es imposible; porque la realidad se ha impuesto y no puede menos de discutirse el problema. Se han señalado tres opiniones distintas sobre la relación entre el Estado y la atmósfera aérea que le circunda.

LA PRIMERA OPINIÓN, ya común entre los autores, defiende que todo Estado tiene sobre la parte del espacio aéreo que se extiende sobre sus dominios terrestres, pleno derecho de soberanía, que debe ejercer acomodándose, claro está, a la naturaleza y caracteres especiales de ese medio y del mismo derecho de soberanía.

LA SEGUNDA OPINIÓN, opuesta a la anterior, afirma que el espacio aéreo es libre, como el alta mar, sin que ninguna nación subyacente pueda reclamar derechos en esos dominios.[2]

LA TERCERA OPINIÓN, distingue en la atmósfera la zona inferior, que está en contacto inmediato con el suelo, en una extensión variable, (alcance de los cañones, de la vista, de la fotografía...), y en esa zona concede al Estado derechos soberanos; mientras que la superior, que se eleva más allá de esa faja, es dominio libre y de uso común de todas las naciones.[3]

De hecho, las legislaciones han adoptado ya la primera teoría, como lo han patentizado, en Derecho Público, los hechos de las últimas guerras mundiales, las notas diplomáticas cambiadas con ese motivo, y los reglamentos que regulan la navegación aérea.

Es, sin duda, esa teoría, que defiende la soberanía del Estado en el espacio aéreo que sobre él gravita, la más racional y la

---

1946; y ADOLFO MIAJA DE LA MUELA: *Internacionalistas españoles del siglo* XVI. *Fernando Vázquez de Menchaca.* Valladolid, 1932.

1 LUIS TAPIA SALINAS: *Manual de Derecho Aeronáutico*, Bosch. Barcelona, 1944.

2 FAUCHILLE: *Traité de Droit international*, t. I, 2.ª pp. 588 y ss.

3 Patrocinada por varios autores como Marignhac, Bluntschli, Rolland, etc., esta opinión ha sido ya abandonada.

más justa, como lo intentaremos demostrar y ha entrado en todas las legislaciones positivas.[1]

Tiene, por de pronto, la ventaja de ser clara en su concepción, lógica en sus deducciones, precisa y posible en sus aplicaciones; cualidades que, a la verdad, echamos de menos en las otras que hemos enumerado. Y además es justa.

Es un hecho innegable que sobre todo Estado gravita un espacio aéreo, que está con él en relación íntima y constante. Porque la inflexible ley de la gravedad, su misma naturaleza flúida, su posición abierta a todas las partes del mundo, crean con el Estado subyacente una situación única y especialísima que no puede invocar ningún otro Estado. Es también un axioma incontrovertible, que todo Estado tiene derecho a su seguridad y a los medios indispensables para obtenerla; tiene derecho a la integridad y al fomento de sus intereses morales y materiales. Ahora bien, ni esa seguridad e integridad, ni esos intereses materiales y morales, estarán suficientemente garantidos, si el Estado no tiene en su espacio aéreo derechos exclusivos y soberanos. Porque, supuesta ya la conquista de la atmósfera por medio de máquinas voladoras, el espacio se convierte en una inmensa vía de comunicación internacional, en donde una mala reglamentación podría ocasionar graves perjuicios a las personas y bienes de los súbditos; por donde podría temerse una invasión militar, más o menos disfrazada, que pusiera en peligro la seguridad; que pudiera convertirse en campo de espionaje, medio seguro de contrabando, camino y vehículo al mismo tiempo de enfermedades contagiosas...

En la defensa y fomento de todos esos intereses tan vitales, por medio de una reglamentación adecuada de la navegación aérea sobre su territorio, ningún Estado puede dar participación a otro Estado, ni a la reunión de todos ellos. Porque no puede tener en ello confianza ni seguridad alguna; puesto que los intereses suyos no serán los de los otros, y muchas veces estarán en pugna. Tiene, por consiguiente, el Estado derecho de reglamentar la navegación aérea sobre su territorio como lo crea en justicia; puede prohibirla, si así lo juzga necesario; hacer alguna excepción con las aeronaves de algunas naciones o también acomodarse, cediendo en sus derechos, a las decisiones de un convenio internacional sobre la materia. Y a esto llamamos nosotros ejercer un derecho de soberanía exclusivo e independiente.

---

1 Véanse ENR. CATELLANI: *Le Droit aérien;* A. BLANCHÈRE: *L'air-voie de communication et le droit;* P. LOUBEYRE: *Les principes du droit aerien;* LE FUR, loc. cit., nn. 725 y sig.; TAPIA, op. cit.; DEVAUX: Loc. cit., p. 300; PALLIERI: Op. cit. et loc. cit.

La razón principal que en defensa de su sistema aducen los partidarios de la libertad del aire, es la siguiente, que podemos recoger de labios de M. Fauchille.[1]

El aire, por su misma naturaleza y gracias a los progresos crecientes de la aeronáutica, está llamado a ser, a pesar de la voluntad de los Estados recalcitrantes, una nueva vía de comunicación y comercio internacional. Ahora bien, los grandes intereses que van vinculados a que se respete y se desarrolle, con la mayor amplitud y seguridad posibles, este nuevo modo de comunicación internacional, no quedan suficientemente garantidos sino con el sistema de libre circulación. El sistema de soberanía inclinado siempre a la defensa, al recelo, a la restricción, traería, si no la ruina, el entorpecimiento y la postración.

A nuestro parecer no hay motivo para tales alarmas. La constante e íntima comunicación terrestre de personas, ideas, mercancías; la circulación postal, ferroviaria, telegráfica... está suficientemente garantida, aun entre las naciones y en territorios sobre los que cae todo el peso de la soberanía más firme y más perfecta. No corren, pues, especial peligro las comunicaciones aéreas, ni en su amplitud ni en su intensidad, bajo el manto de la soberanía, pues todos están interesados en ello; y con más o menos restricciones (que por otra parte no se evitarán con ningún sistema), siempre permanecerá abierta la vía del aire. Porque tener el Estado derecho de soberanía sobre el espacio aéreo, no significa que pueda hacer y deshacer en él cuanto le venga en talante. Eso se llama capricho, tiranía, o cualquier otra cosa; pero nunca derecho.

Éste se concede a individuo o entidad, como un conjunto de facultades necesarias para alcanzar un fin determinado, acomodándose a la naturaleza del objeto sobre que recae y a las personas que lo han de cumplir.

Cuando se sale de esos fines y esos medios, degenera en arbitrariedad y despotismo. Si, pues, el aire, por su propia naturaleza, es vía de intercambio universal, el Estado soberano debe tener en cuenta ese carácter para mantenerlo y afianzarlo más, y para que no sufra mengua, ni se anule entre las mallas de una reglamentación excesivamente rigurosa.

Pero, aparte de eso, independientemente de las demás naciones dentro de su territorio, y poniéndose de acuerdo con ellas, si se rozan intereses internacionales, puede el Estado reglamentar y, llegado el caso, prohibir, cuando en justicia convenga a sus derechos de inde-

---

1 FAUCHILLE: *La circulation aérienne et les Droits des Etats en temps de paix*, pp. 4, 5, 6 (París, 1920).

pendencia y conservación, sus intereses sanitarios y económicos, de comercio, su prosperidad y perfeccionamiento.

Ha solido decirse también que el espacio no es susceptible de apropiación, ni de soberanía. Dificultad que los hechos se han encargado de desvanecer. Precisamente por eso, porque el aire se ha hecho accesible a la posesión y al uso de los hombres, ha venido la cuestión de su dominio, que tanto preocupa a las naciones; que, de lo contrario, sería un problema puramente teórico, que pudiera ser objeto de discusión en una cátedra o en una revista, pero sin que preocupara lo más mínimo ni a los tribunales de justicia, ni a centros y conferencias diplomáticas.[1]

4. Derecho aéreo positivo. — En cuanto al *Derecho aéreo positivo,* hemos de distinguir las normas de carácter internacional, ya las propuestas en convenios estipulados por diversos Estados, ya las de origen no-oficial, debidas a entidades que, sin tener representación estatal, han dedicado su atención al desarrollo del nuevo orden jurídico aéreo; y las de tipo nacional, las promulgadas dentro de cada país para la reglamentación de la navegación aérea interior.

De entre las fuentes de Derecho internacional, nos interesa recordar el *Convenio Internacional de Navegación Aérea* celebrado en París en 1919; el *Convenio Ibero-Americano de Navegación Aérea* reunido en Madrid en 1926; el *Código del Aire* y las *Reglas de La Haya.*

Tiene particular importancia el Convenio firmado en París en 1919 por representantes de las distintas Potencias que allí habían acudido con ocasión del Tratado de Versalles; circuns-

---

1 Nuestro problema se refiere al derecho de soberanía del Estado sobre el espacio aéreo. Toca al Derecho privado examinar el del propietario del suelo sobre el aire. Muchos, durante mucho tiempo, pretendiendo pisar las huellas del Derecho Romano, han propuesto y seguido la teoría de la propiedad absoluta del espacio en favor del propietario del suelo subyacente sin limitación ninguna; teoría profesada por varios códigos civiles como el francés, el italiano, holandés, etc.

En los tiempos actuales, prevalece la tendencia opuesta, la que extiende los derechos del propietario del suelo en el espacio aéreo tanto cuanto puede servirle de alguna utilidad o interés, v. gr. hasta donde alcanzan el arbolado, los edificios, etc.

Poco explícito es nuestro Código Civil (art. 350) sobre este asunto. Pero una sentencia del Tribunal Supremo parece interpretar nuestra legislación en el sentido de extender la propiedad vertical hasta los límites en que pueda ejercitarse ese derecho.

tancia que no pudo menos de perjudicar a la imparcial serenidad requerida en tales documentos.

Sin embargo, entonces se pusieron, por primera vez, los fundamentos de la organización aeronáutica internacional y en esos fundamentos se han inspirado acuerdos y reglas posteriores. Allí, en el art. primero, se resolvió el problema de la soberanía sobre el espacio aéreo, estableciendo: "las Altas Partes contratantes reconocen que cada Potencia tiene la soberanía plena y exclusiva sobre el espacio aéreo de encima de su territorio y de sus aguas territoriales". Sin perjuicio, naturalmente, de la obligación (art. 2) que tienen los Estados de conceder, en tiempo de paz, el pasaje inofensivo por encima de su territorio. Este criterio siguen prácticamente todas las naciones.

Las reglas adoptadas en el Convenio Ibero-Americano (1926) se inspiran en las del Convenio anterior de 1919. Tan sólo lo modifican en algunos puntos para suprimir, o al menos suavizar, desigualdades e injusticias del Convenio de 1919, explicables en el ambiente de la postguerra en que aquel Convenio se redactó, ambiente tan poco propicio a la ecuanimidad serena que requieren la justicia y la equidad.

El CÓDIGO DEL AIRE fué redactado por el Comité jurídico internacional de Aviación y contiene 87 artículos agrupados en 4 capítulos. No es ningún documento oficial, ni sus autores representan a ningún país. Por lo tanto, tan sólo tiene la importancia y el valor que le puedan dar sus autores, como técnicos especializados de diferentes Estados, que aúnan sus esfuerzos para realizar una labor progresiva en el Derecho aeronáutico.

Algo parecido hemos de decir de las REGLAS DE LA HAYA. Las redactó una Comisión de juristas nombrados y dependientes de la Conferencia del Desarme de Wáshington (1921-1922); pero no fueron ratificadas por los diferentes Estados. Sólo puede concedérsele valor y eficacia científicos que, indirectamente, influyen en el desarrollo y aplicación del Derecho aéreo.

Finalmente, después de la segunda guerra mundial y por invitación de los Estados Unidos Norteamericanos se reunió en Chicago (1.º de diciembre de 1944) una Conferencia a la que asistieron representantes de 54 Naciones (entre ellas España) con el fin de establecer un sistema de rutas aéreas mundiales con concesión de derechos de aterrizaje y de tránsito.

Por los acuerdos de esta Conferencia se creó una Organización provisional de aviación civil internacional que comenzó a funcionar

el 6 de junio de 1945 y que fué sustituída el 4 de abril de 1947 por la *Organización* definitiva. Comprende esta Organización los órganos siguientes: una Asamblea, un Consejo, Comisiones y un Secretariado.[1]

Pocas reglas jurídicas ha promulgado el Estado español para la ordenación de la navegación aérea. La primera y principal es el R. Decreto de 25 de noviembre de 1919 con el Reglamento correspondiente.

El R. D. sigue las direcciones del Convenio Internacional de navegación aérea de París de 1919. Acepta el principio de la soberanía absoluta del Estado español sobre su espacio aéreo. En consecuencia, establece: "en virtud de la soberanía que el Estado español ejerce sobre el aire que cubre el territorio nacional y sus aguas territoriales, se determina en el presente R. Decreto y en el Reglamento por él aprobado, las condiciones en que para volar y aterrizar, respectivamente, en el espacio y territorios nacionales, hayan de hallarse las aeronaves".

Los arts. 4 y sigs. determinan las condiciones en que las aeronaves españolas pueden volar; las cualidades del personal aéreo; sitios y modo de aterrizaje; clases, establecimientos, concesión de líneas, etc.

Las aeronaves extranjeras (art. 38) no podrán volar sobre el territorio español o sus aguas territoriales, sin que, para ello, haya precedido en cada caso un permiso o una invitación de autoridad española competente, hechas las oportunas gestiones por la vía diplomática.

Actualmente la ordenación de la navegación aeronáutica española depende del Ministerio del Aire: la militar regulada por el Estado mayor; la civil por la *Dirección General de Aviación Civil.* Este organismo ha dictado ya numerosas normas sobre aeropuertos, tráfico aéreo, líneas aéreas (las líneas aéreas españolas — las que van sobre el territorio español, sobre las Colonias y Protectorados — están adjudicadas a la Soc. Mercantil Iberia).

Un Código de navegación, de próxima promulgación, recogerá ordenadas las diferentes Leyes, Decretos, Órdenes que van publicándose sobre esta materia. Mientras tanto, se ha promulgado la Ley de *Bases* de 27 de diciembre de 1947, publicada en el B. O. del Estado del 1 de enero de 1948.

---

1 V. E. PEPIN: *Droit aérien.* Recueil des Cours, 1947, II. Sirey-París.

Según esta Ley de Bases, y los Convenios internacionales concertados por España y nuestra legislación interna (R. D. 19 de noviembre de 1919 y D. 12 de julio de 1946), se proclama el principio de que el Estado español tiene soberanía en el espacio atmosférico situado sobre su territorio — metropolitano, protegido y colonial — y aguas jurisdiccionales adyacentes.

Se autoriza el uso del espacio atmosférico español a todas las aeronaves nacionales que hayan cumplido los requisitos legales, sin que puedan impedir dicho uso las entidades particulares propietarias de bienes inmuebles. Éstas, en su caso, tendrán derecho a ser resarcidas de los daños y perjuicios que por la navegación pudieran sufrir.

El Estado español, mediante Convenios con otros Estados, podrá autorizar el paso inofensivo sobre su territorio a las aeronaves extranjeras (Base 1.ª).

Sin tales Convenios, las aeronaves extranjeras no podrán volar sobre el territorio español o sobre sus aguas jurisdiccionales sin, en cada caso, un permiso o una invitación de la autoridad española competente, hechas las oportunas gestiones por la vía diplomática. Sin embargo (D. de 12 de julio de 1946), las aeronaves civiles que no presten servicio de itinerario fijo, pertenecientes a países que hayan ratificado o se adhieran a la Convención para la Navegación civil, suscrita en Chicago el 7 de diciembre de 1944 y que reconozcan idénticos derechos a las aeronaves españolas, podrán sobrevolar el territorio español e incluso aterrizar sin necesidad de obtener permiso previo.

Todas las aeronaves civiles procedentes del extranjero, con destino a España, deberán efectuar siempre su primer aterrizaje en un aeropuerto aduanero en el que se realizarán las revisiones fiscales, sanitarias, de policía, y cualesquiera otras establecidas por el Estado español. Cumplidos tales trámites, podrán utilizar los restantes aeropuertos abiertos al tráfico civil. Cumplirán las mismas formalidades dichas para su llegada, en aeropuertos igualmente aduaneros, al partir hacia el Estado de origen u otro distinto. Asimismo, partirán desde aeropuertos calificados como aduaneros las aeronaves civiles nacionales que vayan al extranjero.

Las Leyes y reglamentos españoles sobre entrada y salida de su territorio de pasajeros, tripulaciones o cargas de aeronaves, deberán cumplirse en dichos momentos y mientras permanezcan en nuestro territorio las aeronaves extranjeras.

Por razones militares, de seguridad o interés nacional, se podrá prohibir temporalmente a todas las aeronaves nacionales o extranjeras el vuelo sobre determinadas zonas del territorio español. Igualmente, podrá ser prohibido a todas las aeronaves el aterrizaje, tránsito

y salidas del territorio español por causas de guerra, alteración de orden público u otras de especial gravedad.

5. Relaciones del Estado con el territorio. Teoría del territorio objeto, territorio límite, territorio sujeto. — No hay duda de que existe una relación especial característica entre la soberanía nacional y el territorio nacional; relación que se hace ostensible en que cada Estado se considera ligado con su propio territorio, con vínculos de derecho que no se conciben que existan con relación a ningún otro territorio; y en que excluye de la participación de esos derechos a todo otro Estado o soberanía distinta.

Pero esa relación se ha comprendido en la práctica de muy distinta manera, y sobre su naturaleza se ha discutido mucho entre los tratadistas.[1]

Llaman algunos en nuestros tiempos teoría del TERRITORIO OBJETO, a la que supone que el territorio es como un objeto sobre el cual recae la acción suprema del Estado, de manera semejante a la acción del propietario sobre un predio. Identifican o confunden la jurisdicción pública y los derechos de soberanía, con los derechos de propietario. A este grupo pertenecen los que, en tiempos feudales y posteriores, defendieron el derecho patrimonial de los Príncipes; los partidarios del dominio "alto" o "eminente" erróneamente comprendido, del absolutismo exagerado, etc. Pueden considerarse como manifestaciones prácticas de esta teoría, las guerras que se emprendían por el interés particular de las casas reinantes, las divisiones y enajenaciones de provincias, desmembraciones de territorios, llevadas a cabo sin interés ni consulta de los reinos, por solo el arbitrio ventajoso de los soberanos. En este grupo deben también figurar los socialistas modernos.[2]

1 MEYER: *Institutiones Juris naturalis*, t. II, nn. 347, 698 y sigs.; GIL Y ROBLES: *Derecho Politico*, t. I, c. I, c. IV; LABAND: *Droit Public de l'Empire Allemand*, t. I, c. IV, sec. 2.ª, párr. 21; HAURIOU: *Principes de Droit Public*, 2.ª P., c. I, párr. 4; DUGUIT: *Manuel de Droit constitutionnel*, nn. 24 y ss.; GÜENECHEA: *Principia Juris politici*, loc. cit.; SÁNCHEZ AGESTA, loc. cit.; BARTHELEMY DUEZ: *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 284.

2 V. MENGER: *L'Etat socialiste*, l. II. Rusia soviética ha llevado a la práctica, apurando hasta el extremo, esta teoría. Constitución de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (5 de diciembre de 1936) c. 1.º Por eso, desterrada esta teoría, desde hace varios siglos, de las naciones cristianas y civilizadas, ha vuelto a renacer en el comunismo y en las naciones sometidas a su influencia y dominación. Rusia y sus países satélites, al rechazar la propiedad privada, hacen del territorio nacional y de cuantos bienes encierra, objeto patrimonial del Estado.

Hay que buscar el fundamento de estas teorías en las ideas romanas y feudales sobre la soberanía. Suponían éstas que, en el titular del poder soberano, ya por derecho de conquista que adjudica al vencedor las tierras conquistadas, ya por la naturaleza misma de la soberanía, existe un dominio primitivo, directo, radical, sobre todas las cosas de la nación, dominio que es fuente de donde emanan todos los derechos de propiedad que los súbditos pueden ostentar sobre partes del territorio, derechos que sólo pueden subsistir por concesión del Príncipe. Y esa concesión se supone siempre hecha en tal forma y dentro de tales límites, que la soberanía conserva siempre el dominio radical, que puede revivir y ejercitarse en determinadas circunstancias. Los socialistas entienden que la sociedad-nación es dueña y propietaria de todos los bienes de consumo, uso y producción que existen y forman el territorio nacional; si bien la misma sociedad tiene obligación de repartir los bienes necesarios de uso y de consumo entre los ciudadanos en equitativa proporción.

El derecho de propiedad de los particulares es de naturaleza anterior a la existencia misma del Estado. Las ideas de la soberanía patrimonial, que los señores feudales y algunos reyes absolutos admitieron, pugnan con el concepto recto y con los fines de la jurisdicción suprema, como hemos de tener ocasión de ver más adelante.

TEORÍA DEL TERRITORIO LÍMITE. — Hay una teoría que Duguit[1] llama del territorio límite, y que expone de la manera siguiente: "Nosotros creemos que no se debe reconocer al Estado sobre su territorio un derecho real de derecho público, un derecho de potencia distinto del derecho de potencia que tiene sobre las personas. No se debe distinguir una soberanía territorial y una soberanía personal. El Estado no tiene más que un solo y único derecho de potencia, y ese derecho de potencia no puede ejercerse sino sobre las personas... Cuando se dice, en lenguaje corriente, que el Estado tiene una soberanía territorial, no se pretende decir más que esto: el Estado ejerce su poder sobre todas las personas que se encuentran sobre su territorio, y el Estado no puede, en principio, ejercer su poder sobre personas que se hallen fuera de su territorio." Confiesa que esta teoría tropieza con algunas dificultades serias; pero, a su parecer, es la sola admisible.

Abunda en las mismas ideas Jellineck, como puede verse en su *Teoría general del Estado.*[2] "Jamás puede el Estado directa-

1 *Traité de Droit constitutionnel,* t. II, pár. 7. Ed. 1923.
2 T. II, c. 13, n. 3. (Trad. esp. de Ríos Urruti.)

mente, dice, sino por la mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio. El dominio directo jurídico sobre la cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas sobre la misma, es lo que constituye la propiedad. El *dominium* sobre el territorio no es, desde el punto de vista del Derecho público, *dominium*, sino *imperium*. El *imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es referible a los hombres."

Con esta teoría del *territorio-límite* tiene algún parentesco otra que propone Kelsen en consonancia con el concepto que él tiene del Estado; orden normativo al que, más abajo (cap. VII), haremos alguna referencia. Para el profesor vienés, el territorio es "el ámbito espacial de validez del orden estatal".

"El espacio, escribe, al que se circunscribe la validad del orden jurídico estatal es lo que se llama *territorio* del Estado; bien entendido que se trata del espacio de la "validez", no del ámbito de la "eficacia" del orden estatal. Este carácter completamente normativo se revela advirtiendo que sólo es "territorio" el espacio en que "deben" realizarse ciertos hechos, especialmente los actos coactivos regulados por el orden jurídico; no el espacio en el que de hecho se realizan, como se afirma corrientemente, cuando se dice que el territorio en el que el Estado actúa su poder."[1]

Aparte del concepto kelseniano del Estado, tampoco esta opinión nos satisface. Es verdad que el derecho de mando recae directamente sobre sujetos racionales, sobre los súbditos. Pero, además de este dominio, tiene y necesita tener el Estado una relación de dominio especial sobre el territorio mismo, que se asemeja al derecho de propiedad en el carácter general de ser un dominio exclusivo y total sobre el territorio, pero que se diferencia radicalmente de él en su origen, fin y contenido. Lo veremos al exponer nuestra opinión.

TEORÍA DEL TERRITORIO-SUJETO. — La teoría del territorio elemento subjetivo del Estado, considera al territorio como elemento esencial de la personalidad del mismo, o sea, elemento subjetivo del Estado. La relación que une al Estado con el territorio, lógicamente, conforme a esa teoría, debería ser la rela-

---

1 H. KELSEN: *Teoría general del Estado*, pp. 180 y ss. Edit. Labor, Barcelona, 1934. (Trad. de Legaz Lacambra.)

ción del todo con la parte. Sin embargo, no parece clara esa relación en los autores que la exponen y patrocinan; antes bien, aparece oscurecida entre las nieblas de una confusión de términos e ideas, como indicamos al principio de este capítulo.[1] "El territorio, dice Duguit, es un elemento constitutivo de esta persona; es decir, que esta persona jurídica, titular de la potencia política, no puede existir sin que haya un territorio exclusivamente afecto a la colectividad que le sirva de soporte." Y más adelante: "El Estado que posee la potencia política, no puede ejercerla sino con la condición de que haya un territorio exclusivamente afecto a su ejercicio."

El que el Estado necesite un territorio exclusivamente afecto a su soberanía, ya lo dijimos, no indica que el territorio sea un elemento constitutivo de la persona-Estado. Y en cuanto a las consecuencias que derivan de esa teoría sus defensores, y que muestran, según ellos, la relación en que está el Estado con el territorio, algunas son inexactas y otras no se derivan de la teoría, como tal. Son las siguientes:

1) *La exclusividad e impenetrabilidad;* es decir, el derecho según el cual el Estado excluye a toda otra Potencia extraña de ejercer actos de jurisdicción en su territorio; de donde se deduce la imposibilidad de compenetrarse entre sí. Pero, para deducir y comprender esas consecuencias en el aspecto verdadero que tienen, no hay necesidad de acudir a la impenetrabilidad de dos personas que mutua y necesariamente se repelen. Basta observar que son natural y lógica derivación de la soberanía del Estado, que, como autoridad suprema e independiente, no sufre, sin dejar de ser lo que es, ninguna otra acción o autoridad en sus dominios.

2) *La exclusividad e incesionabilidad del territorio.* — Consecuencias ambas lógicas de la teoría. Puesto que la división y cesión, aun parcial, de la esencia, acarrearía necesariamente la destrucción de la persona. Pero, si no se concibe en un Estado, sino a modo de un suicidio, la cesión total de su propio territorio, no aparece repugnancia en que un Estado, sin menoscabo de su esencia, pueda ceder parte de su territorio. Y lo que concibe la razón, lo confirma también la experiencia de los hechos y de las Constituciones, como la nuestra de 1876, que en su artículo 55 decía que el Rey necesita estar autorizado por las Cortes para enajenar, ceder y permutar cualquier parte del territorio español, y para incorporar cualquier otro territorio al territorio español.

---

1 Véase, p. e. DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel.* (1927) Loc. cit.

6. Nuestra opinión. — A nuestro entender, existe una relación de dominio especial, característico entre el Estado o soberanía y el territorio nacional. Esta relación, como dice muy bien Meyer,[1] no es la de la propiedad privada; más aun, ni pugna ni mengua el derecho de propiedad privada que los particulares pueden tener sobre las diversas partes del territorio; derecho que permanece intacto. Con alguna ambigüedad, expuesta a torcidas interpretaciones que no han faltado, llamaban antiguos escritores a este derecho dominio "alto", domino "eminente", "indirecto"; es decir, que su origen no es el directo del derecho de propiedad, y que, por su contenido y en cierto sentido, está sobre el derecho de propiedad privada.

"El aspecto positivo de este derecho — dice Laband (loc. cit.) — consiste en el poder legítimo que tiene el Estado de emplear el territorio a los fines del interés público." En esa idea radica el fundamento de este derecho,[2] y es, al mismo tiempo, la base que nos ha de servir para señalar sus límites: la misión del Estado que, por derecho natural, corresponde a la autoridad pública de procurar el bien de la comunidad social, en general. Y, si la necesidad de ese bien público lo exigiera, puede el Estado destinar parte del territorio nacional a vías públicas, a construcciones o fábricas que la defensa, la higiene, la cultura pública reclaman. Por eso ejercita también el derecho llamado de expropiación forzosa, que no viola el privado de propiedad, sino que lo supone, puesto que consigo lleva la compensación justa y debida. Pero, al mismo tiempo, prueba un derecho real y positivo del Estado sobre el territorio, derecho exclusivamente de él y que no corresponde a ninguna otra autoridad ni persona.

La misma necesidad común señalará, en cada caso y circunstancias, el contenido y límites de esa facultad, y en cada caso y circunstancias, lo ponderarán y exigirán los órganos soberanos. El aspecto negativo de este derecho resplandece en su exclusividad, y el positivo, en su contenido.

No es menester advertir que, además de este dominio eminente, puede el Estado tener y ejercer, como persona privada, derecho de propiedad estricto en determinados bienes del terri-

---

1 *Institutiones Juris naturalis*, t. II, n. 698.

2 Véase LUGO: *De justitia et jure*, Disp. I, sec. I, n. 9; GÜENECHEA: *Principia Juris politici*, vol. I, n. 14; J. DAVIN: op. et loc. cit.

torio (como minas, bosques, etc.) utilizándolos en bien del erario público y en provecho de la nación. De la misma manera, es el administrador de los llamados bienes comunes, como caminos, plazas, etc.

7. Influencia del territorio en la estructura y vida del Estado. Errores y exageraciones.[1] — El influjo del territorio o, mejor dicho, de la naturaleza externa en la organización y vida del Estado, ha sido estudiado, desde muy remotos tiempos, por los autores de Derecho público, como puede verse en Aristóteles.

Y decimos de la naturaleza externa; porque aquí la palabra *territorio* indica el conjunto de las condiciones naturales, de todos los elementos que rodean y afectan al hombre en un determinado territorio. Abarca, por lo tanto, la magnitud, la forma y límites del suelo nacional, su fertilidad, el clima, los productos naturales, sistema orográfico, situación respecto del mar, etc.

Que todas estas condiciones hayan entrado a la parte para modelar, más o menos eficazmente, la estructura de cada Estado, para determinar las direcciones de su vida, el contenido de su actividad soberana y hasta en los grados de su civilización, es una verdad que ha sido reconocida siempre, aunque su estudio se haya descuidado y abandonado un poco, sobre todo en épocas antiguas, cuando el dominio del hombre sobre la naturaleza física no había llegado a la perfección a que alcanza en los tiempos actuales. Así, no hay duda de que, en la vida política de Inglaterra y en algunas de sus instituciones fundamentales, sociales y económicas, han influído su posición insular y la naturaleza de su subsuelo. La centralización o descentralización de muchos Gobiernos ha dependido, no pocas veces, de la extensión del territorio nacional, de la mayor o menor facilidad de comunicaciones.

Finalmente, la distinta condición de la riqueza de un país (agrícola, minera, forestal), el clima, su situación al alcance de las grandes vías mundiales o lejos de ellas, proporcionan facilidades, oponen obstáculos, crean necesidades y circunstancias que, lógica y espontáneamente, se traducen en leyes e instituciones que forman la trama constitucional de los Estados.

---

1 V. SÁNCHEZ AGESTA: Op. cit., c. XXI; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., l. III, c. 1.º

Sin embargo, nunca podrá demostrarse que el influjo de esas circunstancias fué ineludible, que no pudieron ser dominadas y que, de hecho, aun en tiempos antiguos, no fueron modificadas por otros factores más importantes y decisivos, y que, en idénticas circunstancias, otros pueblos no hubieran seguido otro camino y obrado de diferente manera.

Por eso juzgamos no sólo prematuras, sino falsas originariamente, las conclusiones de algunos autores modernos, que, exagerando esas influencias y concediéndoles un alcance que supera y, por lo mismo, repugna a la naturaleza de las causas mismas, pretenden explicar la configuración y vida interna pública de los pueblos, por las condiciones físicas del territorio y del país en que habitan. En este sentido avanzó no poco Montesquieu, como puede verse en el libro XIV y siguientes de su "*Espíritu de las leyes*", acentuando la eficacia de esas influencias, y, sobre todo, haciendo resaltar su carácter mecánico y fatal. Pero en estos últimos tiempos es cuando la Psico-física ha llegado al apogeo de sus atrevimientos doctrinales, debido, en parte, al gran desarrollo de las ciencias naturales y, en especial, al espíritu materialista con que se las estudia y a la ligereza con que, de datos parciales e inseguros, se pasa a conclusiones generales y definitivas.

En efecto: después de Montesquieu y de un largo paréntesis de estancamiento u olvido, ha rebrotado de nuevo y con mayor empuje la idea y la pretensión de explicar la vida política, y el rumbo de los acontecimientos humanos y aun la vida total de los pueblos, por la influencia predominante, aun exclusiva, de los agentes externos de la tierra.

Se ha llegado así a crear una nueva ciencia, catalogándola entre las naturales y biológicas: la *Geopolítica,* y que, oficialmente, se define: "ciencia que trata de la dependencia de los hechos políticos con relación al suelo. Se basa sobre los amplios cimientos de la geografía política". O también: "la racionalización de los esfuerzos emocionales de las naciones, para justificar su aspiración a un espacio adecuado". (Escuela geopolítica de Munich.)

Han contribuído a este renacimiento, y sobre todo al carácter materialista con que se ha informado a estos estudios, los progresos de las ciencias físico-naturales, de los perfeccionamientos técnicos, que han proporcionado al hombre un dominio, cada día mayor, de las fuerzas de la naturaleza. Pero, principalmente, a la casi eliminación total, en las investigaciones científicas, de principios racionales y metafísicos.

Con esa eliminación, lógicamente, se ha debido prescindir, en la explicación de la vida y conducta humana, de los principales resortes

que la promueven y dirigen. Y, de esta manera, encerrados los investigadores en un materialismo orgánico e incapacitados para comprender los fenómenos humanos, sociales y políticos, construyen, para justificar su origen y desarrollo, teorías incompletas y radicalmente falsas.

Tampoco se pueden echar en olvido las grandes conmociones político-sociales de los últimos tiempos, las dos guerras mundiales que, con sus catástrofes, injusticias y sufrimientos, han venido a sobreexcitar la imaginación de los investigadores, geógrafos, historiadores y políticos. Y es que con tales premisas puramente materialistas, por necesidad lógica, ha de ser la fatalidad la que origine y promueva los acontecimientos y movimientos humanos, la que les señale el rumbo de la historia, arrastrando, implacablemente, en su torbellino a hombres y pueblos.

8. La Geopolítica. — En enero de 1904, presentaba a la Real Sociedad geográfica de Londres un comunicado con el epígrafe de "*Eje geográfico de la Historia*", el profesor de la Universidad de Oxford y de Londres, MALFORD MAZKINDER. Es considerado como uno de los precursores de la Geopolítica.

Profesor de geografía, estableció en una llamada región eje (el centro de la Eurasia continental, Norte de Asia), la sede del poder y el arranque de la marcha de los acontecimientos históricos. Por eso, la presión asiática sobre Europa ha presidido el rumbo de la Historia. Y deducía las siguientes conclusiones: quien domina la Europa oriental, controla todo el corazón continental; quien domina el corazón continental, controla la isla mundial; quien domina la isla mundial, controla el mundo.

También figura entre los fundadores de la geopolítica FRIEDRICH RATZ († 1902), Profesor de Geografía de Leipzig. De formación puramente naturalista, estudió los sucesos humanos, y, en particular, los sociales y políticos, como fenómenos orgánicos biológicos. El método de investigación había de acomodarse al de las ciencias naturales, puesto que los sucesos y movimientos sociales y políticos están sometidos a leyes biológicas e insoslayables: la necesidad y la fatalidad rigen la vida de los pueblos.

En 1902 publicó la segunda edición de su "Geografía política o geografía de los Estados, el tráfico y la guerra". La tesis del libro puede resumirse en esta fórmula: el destino de la Humanidad está determinado por las leyes de la geografía, y los factores geográficos tienen una intervención decisiva en la vida de las naciones.

Sigue la misma línea, acentuando aún más el carácter biológico, el profesor sueco de ciencia política RUDOLF KJELLEN († 1922) en su obra "*El Estado como forma de vida*".

El Estado se nos aparece, según él, como un fenómeno orgánico, hondamente arraigado en realidades históricas y, de hecho, como una manifestación biológica o forma de vida. Y la Geopolítica es la ciencia del nacimiento, del crecimiento y muerte (y aun resurrección) de los Estados; una ciencia que estudia el crecimiento, *por expansión,* del cuerpo político.

Educado en todas estas doctrinas y fascinado por las teorías de Spengler, KARL HAUSHOFER, funda la escuela geopolítica de Munich y la *Revista de Geopolítica* y escribe obras, como *Fronteras* y *Piedras angulares de la Geopolítica.*

Jefe de una División, en la primera guerra mundial, al volver desmovilizado de Rusia, buscó refugio en Munich, hervidero intelectual y político de la postguerra, donde coincidió con Hitler y Spengler, envueltos todos en una atmósfera densa de desaliento, desesperación, odio y venganza. De Oficial del Ejército, pasó a ser Profesor de "Geografía política e Historia militar" de la Universidad de Munich. Pronto llamó la atención desde su cátedra, y la inquieta generación de la guerra y de la postguerra comenzó a hablar con entusiasmo del general-profesor Haushofer. ¿Influyeron sus doctrinas en la formación de la mentalidad de Hitler? Ciertamente sus doctrinas se difundieron por Alemania, agrupando a su alrededor a jóvenes ganados a sus ideas y logró, en parte, sus designios de educar una selección, un equipo de propagandistas que, enamorados de la doctrina geopolítica, tratase de influir en las esferas directivas de la nación. En sus lecciones, en la cátedra y en su Revista, Haushofer sigue la dirección trazada por sus precursores y maestros. Hacia el Este es a donde el destino geográfico empuja a Alemania, porque es hacia el Asia a donde se va desviando, desde Europa, el centro de gravedad del poder mundial. Rusia, Siberia, China por su situación geográfica, por su incontable población, por sus inmensas riquezas, por la revolución industrial que se va realizando en sus vastas llanuras, se van convirtiendo en foco de una nueva cultura mundial. Mientras que el Occidente, la cultura occidental, va camino de decadencia y acabamiento.

La estrategia geopolítica aconseja a Alemania una nueva política rumbo al Este.[1]

---

1 Véase sobre esta materia HANS W. WEIGERT: *Geopolítica. Geógrafos y Generales.* (Trad. castellana.) Fondo de Cultura Económico. Méjico; P. WALS: *Total power.* A foot note to history. Universidad de Georgetown. Y la obra que acaba de llegar a nuestras manos del Prof. de la Universidad de Barcelona, DR. J. VIVENS VIVES: *Tratado general de Geopolítica,* Editorial Teide. Barcelona.

Cualquiera que fuese la influencia de las doctrinas geopolíticas de HAUSHOFER sobre Hitler y los dirigentes nacional-socialistas, los acontecimientos de la guerra arrastraron al Führer alemán, no rumbo al Este, sino contra el Este. Y el Este (Rusia) al triunfar sobre Alemania y sobre los países periféricos (Polonia, Rumania, Yugoeslavia, China, etc.), ha llegado a dominar "el centro de gravedad del poder mundial": Rusia, Siberia, China. Y bien afianzado en la posición del centro de gravedad del poder mundial, la doctrina geopolítica le proporciona los fundamentos teóricos para justificar sus ambiciones de dominio universal, que, por otra parte, tan bien cuadran con sus teorías comunistas que pretende extender por todo el mundo. Ya en 7 de agosto de 1946, el periódico del ejército rojo, *La Estrella Roja,* anunció que la URSS aspiraba a crear el poder aéreo más poderoso del mundo.

9. Nota crítica. — Atinadamente observa, a este propósito, JELLINECK:[1] "Muchas veces se trata, en estas obras, de una exposición de los fenómenos del Estado hecha conforme a las leyes naturales, sin haberse planteado previamente la cuestión metodológica (que aquí se transforma en cuestión de fondo) de saber hasta qué punto es accesible un conocimiento de este género, tratándose de fenómenos del Estado. La mayor parte de esta literatura descansa en imperfectas hipótesis biológicas y en construcciones arbitrarias de la totalidad de las relaciones sociales." Y añade algunas páginas adelante: "desde el punto de vista geográfico no podrá explicarse jamás honda y suficientemente, la suerte que está reservada a los Estados en general o a un Estado en particular".

Autor nada sospechoso en estas materias como GUMPLOWICZ, afirma[2] que "la introducción de las ideas y conceptos de las ciencias naturales en el campo de la ciencia política, no ha producido hasta hoy ningún beneficio; en cambio, ha originado muchos males... Podría decirse que, hasta hoy, las ideas científico-naturales han producido sobre los juristas, escritores de Derecho político y políticos, el efecto de una borrachera y de una ilusión. Allí donde se ha introducido este influjo, se ha apoderado de las mejores cabezas una especie de vaho científico

1 Op. cit., l. I, c. IV-2.
2 *Derecho político filosófico,* c. XXXIII.

y se han sacado a plaza las mayores monstruosidades científicas".

Y esos males graves de que habla Gumplowicz, seguirán produciéndose mientras se haga depender del clima y demás agentes físicos externos la vida política y las leyes de los pueblos; porque al deducir esas consecuencias, se parte de errores radicales y fundamentales, como los siguientes:

1) El olvido o preterición de otros factores, precisamente los principales y directivos, para la vida de los pueblos, como son las leyes morales de la libertad e inteligencia humanas, que modifican y llegan a dominar y dirigir a su arbitrio los agentes físicos.

2) El supuesto absurdo de la asimilación del Estado a un organismo viviente, y la no menos absurda aplicación de las leyes que rigen la naturaleza física a seres de carácter moral, como son el hombre y las naciones.

Dice muy bien, a este propósito, Gil y Robles (E.): "que la influencia del territorio sobre la vida pública de los pueblos, tiene los mismos fundamentos y debe tener el mismo alcance que la que ejerce el territorio sobre los individuos humanos. Y siendo, como es, el hombre un ser esencialmente moral, la influencia que la naturaleza física puede ejercer sobre él, debe ser siempre indirecta y subalterna, puesto que las facultades espirituales están fuera del alcance directo de los agentes físicos, y el espíritu, y no la materia, es y será siempre, por naturaleza, el principal y más eficaz motor de la vida humana".

Lo que adelanta la razón con el análisis de la naturaleza de los pueblos, lo confirma plenamente la experiencia de los siglos. Si la influencia mecánica y positivista fuese tan decisiva, las leyes físicas, que eran las que habían de regular la constitución política de los pueblos, distribuirían a éstos por el mundo, repartidos por zonas rigurosamente geográficas. Nada más contrario a la realidad. Sobre nuestro suelo español y en nuestro clima, han nacido y se han desarrollado las leyes e instituciones políticas más opuestas, y, durante el siglo XIX, Suecia e Italia, a pesar de su contraposición geográfica y climatológica, se rigen por leyes e instituciones políticas y jurídicas análogas. "La constitución social y jurídica, más que por pueblos y posiciones geográficas, se ha distinguido por épocas y por caracteres propios de la barbarie o de los grados de la civilización."

"En casi toda Europa, durante la Edad Media, hubo feudalismo, y Gobiernos moderados o templados, y servidumbre, y cartas y fueros municipales; las mismas instituciones concernientes a la familia, se

parecían notablemente en todos los pueblos. Desde el siglo XVI, el movimiento absolutista fué común a todas las naciones, y si no triunfó en Inglaterra, debióse a hechos históricos, en los cuales nada tuvieron que ver los agentes físicos. Hoy los Gobiernos representativos más o menos parlamentarios, se extienden lo mismo por el norte, que por el centro, que por el mediodía de Europa y por todos los continentes, dondequiera que la civilización tiene parecido carácter y ha logrado análoga altura. Y si se arguyere que esos organismos y Gobiernos son contrarios a la constitución interna de muchos países, y arrastran en ellos lánguida y trabajosa vida, impuesta por arbitrio de clases y personas, afírmase aún más paladinamente el dominio del libre albedrío, aunque extraviado e injusto, sobre la determinación necesaria de los agentes físicos exteriores."[1]

Y no debe olvidarse tampoco otro aspecto de la cuestión. En el estudio de la relación entre el territorio y la sociedad, se suele considerar a ésta como elemento pasivo, y a aquél, como elemento activo. Pero el factor verdaderamente activo es el hombre, y el pasivo puede, y suele serlo, el territorio. Y en tanto más grado, cuanto más adelantados estén los pueblos en las vías de la civilización; porque entonces el dominio de la inteligencia y de la voluntad se acentúa hasta convertirse en dueños efectivos de la naturaleza física que, poco a poco, va tornándose en humilde servidora. "En lapsos de tiempo relativamente cortos se cambia totalmente el aspecto de extensos territorios. Los holandeses han conquistado al océano una parte de su territorio; el suelo de los Estados Unidos ha sufrido, desde el tiempo de su primera colonización, transformaciones tan colosales que jamás las fuerzas naturales, trabajando millares de años, las hubieran obtenido. La ciencia e industrias modernas han acercado las partes más lejanas de un Estado, y nos hacemos casi la ilusión de que no existen ni el espacio, ni el tiempo. La civilización ha horadado montes, desecado lagos y brazos de mar; ha extendido artificialmente superficies extensas de aguas y modificado el curso de los ríos; bajo la acción del hombre, especies de animales y vegetales han emigrado, de suerte que, en países enteros, el aspecto general y las condiciones económicas han cambiado. Sobre todo, las aglomeraciones humanas, las ciudades transforman totalmente el terreno. Hasta el mismo clima se modifica por el hecho de la destrucción de los bosques."[2]

---

1 GIL Y ROBLES: *Tratado de Derecho Político*, l. I, c. IV. En días próximos el régimen antidemocrático y autoritario ha prendido en regiones física y climatológicamente tan distintas como el Japón y Portugal, Rusia, Alemania e Italia.

2 JELLINEK: *Teoría general del Estado*, l. I, c. IV, p. 11.

CAPÍTULO QUINTO

SUMARIO: 1. Otros puntos de vista sobre el origen y sujeto de la soberanía. — 2. Teorías religioso-paganas. — 3. Teorías de derecho divino-positivo: derecho divino-providencial: derecho divino-patriarcal. Juicio crítico. 4. Teoría de los hechos asociantes. — 5. Teoría de Vareilles-Sommières. 6. La soberanía, según Rousseau: Su origen, sujeto y caracteres. La soberanía nacional. — 7. Crítica de la teoría de Rousseau. — 8. La soberanía fundada en la conciencia del pueblo: crítica. — 9. La teoría de la fuerza. Crítica. — 10. La autoridad política según la teoría orgánica de la sociedad: indicación.

1. Otros puntos de vista sobre el origen y sujeto de la soberanía. — Conformes los autores en considerar a la soberanía como elemento indispensable del Estado, no lo están sobre su origen, ni sobre el sujeto en que reside y la naturaleza de las facultades que abarca. Por eso, aun tratándose de un estudio elemental como el presente, no puede prescindirse de la enumeración y exposición de otros sistemas; pues, si bien muchos de ellos son evidentemente erróneos, no por eso han dejado de lograr mayor o menor aceptación y renombre en las ciencias políticas.

Hay un grupo de teorías que tienen un punto común de contacto: admiten, en una u otra forma, el origen divino del poder. Pero están separadas unas de otras por radicalísimas diferencias en cuanto al modo de la procedencia y naturaleza de la misma soberanía, discrepancias que luego repercuten en otros graves problemas de Derecho político.

Cometen algunos tratadistas con estas teorías una grave injusticia. En primer lugar, mezclándolas y confundiéndolas unas con otras indebidamente; y, en segundo lugar, aplicándoles el mismo juicio crítico; procedimiento, a la verdad, poco racional y científico. Véase, por ejemplo, Jellineck, en su obra *Teoría general del Estado*.[1] Reúne allí el erudito autor alemán, bajo el epígrafe de "Justificación teológico-religiosa del Estado", todas

1 L. II, c. VII, p. 2.° (Trad. castell. de Ríos Urruti).

las teorías en las que se admite un principio inmaterial, superior, y con afirmar que tales principios son metafísicos, o que dichas teorías suponen alguna fuerza o entidad o influencia ultraterrena (lo que es evidente), los rechaza con desdén como absurdos, y, con eso, cree ultimado todo el trabajo crítico.

Y es de notar que, en el aludido párrafo, baraja las supersticiones paganas con las doctrinas cristianas, católicas o protestantes; pasa de Jacobo I de Inglaterra a los Jesuítas, de San Agustín a Lutero, de Gregorio VII a Sthal, y resume el juicio de todas esas teorías en frases despectivas, como las siguientes: "de las doctrinas eclesiásticas, no se puede sacar conclusión alguna de estricto carácter político; ya que, en cada época, los partidos religiosos más opuestos han derivado de premisas teológicas, los princìpios que les eran más favorables"... "de la exégesis de las teorías religiosas, no es necesario hoy una crítica seria". Procedimiento inaceptable, puesto que se trata de muchos, diversos y aun opuestos sistemas.

2. Teorías religioso-paganas. — No hay por qué detenernos a considerar las aberraciones que han fructificado en países paganos, como las que han supuesto que el Príncipe es un Dios o semi-Dios, participante, de una u otra manera, de la naturaleza divina, o que es una creación especial o sobrenatural de la divinidad. El absolutismo más radical del poder por un lado, y la sumisión sin límites por otro, son las consecuencias de esa concepción ya desterrada del mundo científico.

Como ejemplo, y de los de más elevada alcurnia en el género, podemos citar estos párrafos del libro de Manú: "Como el mundo privado de Reyes se hallase desconcertado por el temor, Dios, para la conservación de todos los seres, creó un Rey tomando partículas eternas de la sustancia de Indra, de Anila, de Yama, de Surya, de Agni, de Varuna, de Tchandra y de Cuvera; y por lo mismo que un Rey está formado de partículas sacadas de la esencia de los principales dioses, sobrepuja a todos los mortales en brillo y esplendor. Lo mismo que el sol, el rey abrasa los ojos y corazones, y nadie en la tierra le puede mirar frente a frente. El rey es el fuego, el viento, el sol, el genio que preside a la luna, el rey de la justicia, el dios de las riquezas, el dios de las aguas, y el soberano firmamento por su potencia. No se debe despreciar a un Monarca, aun siendo niño, diciendo: es un simple mortal; porque es una gran divinidad bajo una forma humana."[1]

---

1 Véase P. JANET: *Historia de la ciencia política.* Capítulo preliminar.

3. Teorías de derecho divino-positivo. — Supone este sistema que Dios, inmediata y directamente, concede el poder soberano a los Monarcas: o bien eligiendo el mismo Dios, según unos, las personas de los Reyes; o bien dejando, según otros, la designación de la persona a la sociedad.

Se llama de derecho divino-positivo, porque en ella se supone que Dios no se vale de la ley natural de las cosas, sino que interviene directa o inmediatamente con una acción sobrenatural o preternatural.

Esta doctrina apenas si ha tenido defensores. "No ha sido tomada en serio más que por los que se quieren dar el prurito o la gloria de combatirla", dice M. Vareilles-Sommières.[1] Sin embargo, aparte algunos oscuros canonistas, no faltaron algunos reyes, sobre todo protestantes, que, para mayor prestigio y seguridad de su poder, así lo sostuvieron, como el Rey Jacobo I[2] de Inglaterra, cuyo libro dió ocasión al P. Suárez para publicar el *Defensio fidei*, en el que refuta las pretensiones divino-positivas del monarca inglés.

Sostiene también esta opinión D. Ramón Lázaro de Dou en su obra *Instituciones del Derecho Público general de España...*[3] en donde, después de afirmar que la potestad suprema desciende inmediatamente de Dios y aducir varios pasajes de la Sagrada Escritura, añade: "La elección de los hombres no es más que un instrumento, mediante el cual comunica Dios su poder a los Príncipes de un modo semejante a lo que sucede en la elección de los Sumos Pontífices. Los Cardenales no dan a su Santidad el poder que tiene después de elegido. Dios es el que, mediante la elección, le comunica."

TEORÍA DE DERECHO DIVINO-PROVIDENCIAL. — No es la soberanía, ni la designación del soberano consecuencia de una acción positiva de Dios; pero sí el resultado de su acción providencial, contra la que nada puede la voluntad humana. Según este sis-

---

1 *Les Principes fondamentaux du droit*, XLIII-5; J. DAVIN: *Doctrina general del Estado*, n. 110. Aparte de Jacobo I, sostuvieron la misma teoría Luis XIV y Luis XV en Francia y Guillermo II en Alemania. Sin hacer mención de las teorías paganas que hasta hace pocos años defendieron la descendencia divina de los Emperadores de China y del Japón. Véase J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit Constitutionnel* (2.ª édition), n. 365. (Ed. Domat. París, 1947), y J. LECLERCK: Op. cit. II, p. 140. Louvain, 1948.

2 Véase en HEARNSHAW: *Social and Political ideas of some Great Thinkers of the sixteenth and seventeenth centuries.* Helena M Chew. King James I. George C. Hanan and Company, London. — JUAN BENEYTO: *Historia de las doctrinas políticas*, n. 91.

3 *Preliminares*, c. II.

tema, Dios determina el sujeto del poder, no por una manifestación sobrenatural de voluntad, sino por la dirección providencial de los acontecimientos y de las voluntades humanas. Su influencia secreta e invisible, pero omnipotente, inclina cosas y personas hacia la elección que ha decretado.

Los principales defensores de este sistema son De Maistre, y el Vizconde de Bonnald. De Maistre, p. e. dice:[1] "Dios, no habiendo juzgado a propósito emplear este género de medios sobrenaturales, circunscribe al menos la acción humana, hasta el punto que, en la formación de las Constituciones, las circunstancias lo hacen todo, y los hombres no son más que circunstancias. Y muy frecuentemente, dirigiéndose los hombres hacia un fin determinado, van a parar a otro, como lo hemos visto en la Constitución inglesa".

"Cuando la Providencia ha decretado la formación más rápida de una Constitución política, aparece un hombre revestido de un poder indefinible: habla, y se hace obedecer..."

Las mismas ideas, poco más o menos, defiende el Vizconde de Bonnald.

TEORÍA DE DERECHO DIVINO-PATRIARCAL. — Tiene esta teoría un representante en el caballero inglés Filmer,[2] quien la explanó en su primer *Patriarcha*. Adán, a consecuencia de su creación y como progenitor del género humano, alcanzó, a una con el poder familiar, el poder político, que luego comunicó a sus descendientes en la potestad patriarcal. Prevista y refutada de antemano por Suárez,[3] añade este Doctor otra modalidad, bajo la que pudiera presentarse, cual es la de suponer que Adán pudiese transmitir su autoridad o por generación o por su libre voluntad.

JUICIO CRÍTICO. — Ninguna de estas teorías, que pudieran agruparse bajo el título general de teorías de derecho divino-positivo, ha logrado nunca acogida favorable en la ciencia política. Nos excusaremos, por lo tanto, de la refutación particular de ellas.

Y, aparte la aberraciones supersticiosas y paganas, según los principios sanos de derecho natural y de la Teología, la ac-

---

1 *Consideration sur la France*, c. VI.

2 Hay una traducción castellana de "*Patriarcha*" debida a Pablo Azcárate y publicada por Calpe. Colección universal, n. 128.

3 *Leg.* III, c. II, n. 3.

ción de Dios en el mundo se desarrolla siempre, por regla general, por medio de las leyes naturales. Debe, por consiguiente, en buenos principios, rechazarse toda acción preternatural, mientras su existencia no se pruebe positiva e inequívocamente, en cada caso. En la cuestión que tratamos, la razón natural no alcanza a comprender, ni en Adán, por su carácter de progenitor del género humano, ni en ninguna otra persona (Rey, Príncipe, Dinastía o Asamblea), condición alguna, ni indicio de designación ni comunicación alguna divina preternatural ni providencial, en relación con la autoridad suprema política. No existen tampoco documentos positivos que lo prueben. Debe, por lo tanto, ser rechazada.

Además, no tendría explicación, dentro de estas doctrinas, ni las diferentes formas de gobierno, ni la limitación de poderes, ni la intervención de la sociedad, diferencia y limitaciones que serían ilegítimas por sí mismas.

4. Teoría de los hechos asociantes. — Ha sido propuesta y acogida, en estos últimos tiempos, otra teoría de derecho divino, no positivo, sino natural; pero que se separa notablemente del sistema de nuestros autores clásicos, como Soto, Suárez, Vitoria, Mariana, Molina, etc.[1]

El punto concreto de discrepancia es el siguiente: según la doctrina antigua, el sujeto originario de la autoridad suprema civil es la misma multitud unida en sociedad perfecta, a la que Dios, como autor de la naturaleza, confiere inmediatamente, a modo de propiedad natural, la autoridad. Por consiguiente, las personas físicas o morales que ostentan o ejercen la soberanía, no lo pueden hacer legítimamente sino porque la sociedad, de modo tácito, se la haya conferido.

Contra esta afirmación propone Meyer la siguiente: "Las causas que originariamente concretan la autoridad suprema en un sujeto determinado, por regla general, son análogas a las que

---

1 Entre los escritores contemporáneos españoles puede verse expuesta y propugnada esta teoría en GIL Y ROBLES (D. E.): *Tratado de Derecho Político*, l. IV, c. III, n. 4, y en SÁNCHEZ DE TOCA: *Felipe IV y Sor María de Agreda*. Apéndice. Uno de sus principales patrocinadores es el P. TEODORO MEYER en sus *Institutiones juris naturalis*, P. II, sec. III, c. II. Aunque fué mucho antes propuesta y defendida con gran vigor y amplitud por TAPARELLI en su *Ensayo teórico de Derecho Natural* (Trad. castellana de J. M. Orti Lara, 2.ª ed. Madrid, 1884), l. II, c. VII.

dan el ser histórico al mismo cuerpo social. Por consiguiente, aunque supone la cooperación múltiple, más o menos directa, de la libertad humana; sin embargo, no es posible afirmar que el consentimiento social cuasi electivo se requiera en todo caso y necesariamente, para que consigan su efecto formal jurídico; porque eso dependerá del vario origen histórico y de circunstancias peculiares. Y así, otras veces, sin necesidad ni intervención de consentimiento alguno precedente, la autoridad civil suprema se constituye e impone por sí misma, por el mismo influjo y causas por las que paulatinamente se forma el cuerpo social."

Esas causas varían mucho, son eventuales, sin que puedan determinarse con fijeza. Unas veces es la transformación en política de otra autoridad anterior (la paterna o territorial, p. e.); otras, la sanción de un hecho; otras, la imposición de la superioridad reconocida espontáneamente; pues como dice Gil y Robles (D. Enrique), la soberanía es un derecho adventicio de los capaces de ejercerla, los cuales tienen, en razón de su capacidad, título a que se concrete en ellos la soberanía, y no por traslación de quienes, no teniendo autoridad, no pueden transmitirla. He aquí sus palabras:

"1. La Ley natural y los hechos, acomodándose a ella, mientras no los contraríe y tuerza la malicia humana, se inclinan a determinar la soberanía en la más excelsa superioridad, y no por una cualidad de las facultades específicas del hombre, sino por las dotes del entendimiento y de la voluntad, y de ésta especialmente. Es decir: la soberanía exige en el sujeto de ella una compleja superioridad moral en el amplio y estricto sentido del término; pero, sobre todo, en la acepción más rigurosa y limitada de la excelencia de la voluntad por los hábitos de que está adornada, o sean las virtudes.

2.° En razón de esta misma superioridad, la soberanía tiende más bien a ser reconocida y acatada que constituída por elección; la cual es más bien un medio extraordinario, excepcional y supletorio de determinar el soberano, cuando otros hechos naturales y consiguientes títulos legítimos no hayan concretado el poder supremo en el sujeto en quien la historia ha ido acumulando y mostrando las dotes notorias, o racionalmente presuntas, de esta varia y compleja idoneidad, tan difícil de discernir de antemano, y que la soberanía requiere por razón de naturaleza y oficio.

3. Por eso, la naturaleza, término que aquí significa el conjunto, sucesión y cruzamiento de múltiples causas morales y físicas, de necesaria o de libre acción, va providencialmente disponiendo los sucesos de manera que, por desarrollo paulatino y suave, se vaya destacando y marcando, en estados y relaciones sociales anteriores, la superiori-

dad pública de un sujeto, a quien, para ser soberano, sólo le falta la absoluta independencia de la comunidad pública a la que ordena."[1]

Varias razones se aducen en favor de este sistema. Algunas directas; otras indirectas, deducidas de los graves inconvenientes que entraña la teoría tradicional.

La sociedad civil, se dice, para que pueda ser sujeto del poder supremo, debe ya suponerse constituída en su ser de sociedad civil. Pero no es así; porque la autoridad es elemento esencial, formal, de la sociedad política, y el elemento formal es el que da el ser a las cosas. En nuestro caso, la autoridad es el principio ordenador y activo que junta las partes inorgánicas de que la sociedad consta, y las mantiene unidas.

Este raciocinio quizá probase más de lo que quisieran los que lo proponen; probaría que nunca podría ser la sociedad, originariamente, sujeto de la soberanía. Pero, además, no quebranta, en lo más mínimo, el sistema tradicional expuesto por Suárez, para quien la autoridad no es elemento formal de la sociedad, sino atributo natural que brota necesariamente de su naturaleza y esencia. Como dice muy bien Mendive,[2] "antes que la autoridad política funcione en el Estado, designando a la multitud los medios particulares con que se han de mover hacia el bien común, ya esta multitud es sociedad verdadera, en virtud del consentimiento común de todas las familias en orden a la intención de dicho bien, y a la voluntad indeterminada de los medios que designe la autoridad. Luego la autoridad no da a la república la unión sustancial del ser, sino la unión operativa del obrar, y, por lo tanto, ella no es la forma sustancial de la república, sino un atributo natural emanado de su esencia".

Suelen recordarse también los peligros que para el Estado entraña la teoría que supone que el sujeto originario del poder sea el pueblo organizado en sociedad. Porque fácilmente, por fútiles pretextos y aun conveniencias particulares, el pueblo ignorante, voluble y malicioso, pudiera creerse con facultad de reclamar para sí la potestad que originariamente le corresponde, ocasionando turbulencias, revoluciones y continua inestabilidad. Aparte de que no pueden negarse las conexiones íntimas que tiene con el sistema de Rousseau, sistema a todas luces inaceptable.

Sin embargo, creemos que la inestabilidad y las revoluciones no proceden del sistema que nosotros hemos aceptado, sino de la ignorancia y de las concupiscencias humanas, que, en todos los sistemas,

---

1 Loc. cit. Esta misma idea define de HAURIOU en su *Précis de Droit Constitutionnel*, p. 169. (Sirey, 1923.)

2 *Religión vindicada*, c. 35; y *Derecho Natural*, c. IV, artículo 2, párrafo 3.

aun en los más opuestos, pueden abusar de los derechos más legítimos. "Ni la libertad de los pueblos — dice Balmes —, ni la fuerza y solidez de los Gobiernos, se aseguran con doctrinas exageradas; unos y otros han menester de la verdad y de la justicia, únicos cimientos sobre que pueda edificarse con esperanza y duración."[1] Las conexiones con el sistema de Rousseau son muy externas y aparentes; y las diferencias, por el contrario, radicales y profundas, como aparece con la simple exposición de cada uno de ellos.

Por lo demás, la superioridad acatada y reconocida de que habla Gil y Robles, siguiendo a Taparelli, ni cualquiera clase de prestigios personales, como el talento, la riqueza, etc., originan, ni pueden originar, el derecho de jurisdicción, el poder de mando entre personas que, por naturaleza, son libres e iguales. Todas esas condiciones naturales, todos esos hechos de que se habla, pueden ser circunstancias externas ocasionales que preparen y promuevan legítimamente el asentimiento de la sociedad, que, en tal caso, vendrá a sancionar y ungir, por decirlo así, con su voluntad soberana, la obra de la naturaleza y de la Providencia, llevando en su seno la causa y única raíz de la autoridad.

5. Teoría de Vareilles-Sommieres.[2] — El Autor de la naturaleza, al otorgar el poder, no determina el sujeto del mismo. Esta determinación queda a los hechos humanos, dirigidos por la Providencia. Por consiguiente, originariamente el poder no es de la sociedad, ni de ninguna persona física o moral, es *res nullius*.

El modo originario de adquirir el poder, es, pues, la ocupación. De este modo originario pueden proceder otros derivados, como la convención, la sucesión, conquista y prescripción.

Ahora bien: ocupar el poder, tomar posesión del poder, es tener y desplegar la fuerza necesaria para hacerse obedecer. Pertenecerá, por lo tanto, *de jure*, el poder, al primero que muestre tener talla para ello y de hecho tome posesión del mismo; como en un navío, desprovisto de sus jefes, el timón pertenece al primero que se apodera de él y lo sepa manejar. La toma de posesión, en esta forma, claro está que supone, en el que lo realiza, cierta superioridad de inteligencia, de actividad, de prestigios, de recursos: el primer ocupante no será un cualquiera.

---

1 *El protestantismo comparado con el catolicismo*, c. 52.

2 *Principes fundamentaux du droit*, XXVII, c. I. La sigue también ORBAN: T. I, n. 134; J. DAVIN: Op. cit., n. 112.

La mayor parte de las veces, y aun siempre, el que ocupa el poder no llegará a ello sin el asentimiento y el apoyo de número mayor o menor de miembros de la agrupación, los más importantes, los más prudentes; he aquí, observa el mismo Vareilles, lo que, en gran parte, llena el vacío que parece separar nuestro sistema, del sistema tradicional.

Esta ocupación del poder, de ordinario, tiene lugar sin sacudidas, casi insensiblemente, preparada por las circunstancias. El primer ocupante será, según los casos, un jefe de familia, que ha visto transformarse lentamente su autoridad paterna en autoridad política; un hombre, cuyo genio, talento, virtudes le elevan considerablemente sobre los que le rodean; un propietario poderoso que, en sus vastos dominios, acoge como auxiliares, socorridos, etc., a diversas gentes...

Ni la ocupación se llevará a cabo siempre por una persona, sino por varias, por un grupo, y aun por los jefes de familia todos...

CRÍTICA. — Dos palabras acerca de esta concepción sobre el origen del poder.

1. No podemos aceptar la primera afirmación de que en una sociedad el poder, originariamente, es una *res nullius*. Originariamente, y por derecho natural, hay un poseedor, que es la sociedad misma.

2. Es muy de notar que, según el autor de la teoría, el asentimiento y apoyo de los ciudadanos acompaña siempre, de hecho, a la ocupación, la que no podría tener lugar sin aquel asentimiento: aserto que casi borra la línea divisoria entre esta teoría y la tradicional. Sin embargo, el ilustre profesor de la Universidad de Lille no concede a ese asentimiento la fuerza jurídica efectiva que el sistema tradicional. Para él es tan sólo una circunstancia histórica que ha de acompañar a la ocupación, pero nada más; mientras que para la opinión tradicional el asentimiento sería la raíz jurídica que únicamente podía legitimar la ocupación y el poder.

3. Las otras varias circunstancias históricas, las condiciones y situaciones de padre de familia, dotes relevantes, riqueza y posesiones, caben también perfectamente en el sistema clásico, como adjuntos que disponen el consentimiento tácito o expreso de la sociedad.

6. La soberanía, según Rousseau. Su origen, sujeto y caracteres. — J. J. Rousseau admite la necesidad del poder soberano en la sociedad política. "Si el Estado, dice, no es más que una persona

moral, cuya vida consiste en la unión de sus miembros, y si su cuidado más importante es el de su propia conservación, necesita una fuerza universal y compulsiva para mover y disponer todas las partes del modo más conveniente al todo."[1]

El poder soberano es, para Rousseau, la voluntad general, o mejor dicho, la voluntad de la mayoría de los individuos que forman el Estado. Y el Estado no es más que la reunión de los individuos que se han unido en sociedad por medio del pacto libre, por el que cada socio enajena todos sus derechos en favor de la comunidad.[2] Y ese pacto, en lo que atañe al punto que ahora estamos exponiendo, se compendia en la siguiente fórmula del filósofo ginebrino: "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder, bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo también a cada miembro como parte indivisible del todo."

Tenemos, pues, a la voluntad general, que, en virtud del contrato, asume la suprema dirección de todos. El origen de ese poder supremo es la misma libre voluntad de los individuos: el sujeto son todos ellos.

Pero ¿hay en los individuos que así se unen en sociedad, imbuída en su misma naturaleza, alguna dirección anterior, impuesta en sentido determinado, dirección que denote la existencia de un orden o de un Ser superior, creador y rector de todas las cosas? ¿Existe ese Ser que, como tal y con carácter de eficacia obligatoria, haya señalado al hombre un fin, y a su actividad y desarrollo en la vida individual y colectiva, límites y leyes? El sistema de Rousseau desconoce todo esto; en realidad, para él, nada de eso existe. Se han de resolver, por lo tanto, todos los problemas planteados, prescindiendo de todo orden y existencia ultraterrena; nos hallamos sólo ante el hecho de un ser libre, dueño y soberano absoluto de sí mismo. El cuerpo político también lo es. La soberanía no le viene sino de sí mismo.

---

1 *Contr. Soc.*, l. II, c. IV; DUNNING: *A history of political theories. From Rousseau to Spencer*, c. I; JUAN BENEYTO: Op. cit., n. 121; J. J. CHEVALIER: op. cit., p. 150; J. LECLERCK: op. cit. II, p. 158; J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit Constitutionnel* (2.ª édition), pp. 368 y ss. Ed. Domat. París, 1947.

2 La situación de los individuos antes de unirse en sociedad y los antecedentes que les movieron a hacer ese pacto, los expusimos en el capítulo 1.º de este libro.

Y esa soberanía, el pueblo no la puede enajenar. "Digo, según esto, que no siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, nunca se puede enajenar, y que el soberano, que es un ente colectivo, sólo puede estar representado por sí; el poder puede transmitirse, pero la voluntad no."[1] Tan es así, que el soberano (el pueblo) es libre de oponerse a la voluntad de los jefes; si no lo hace y se calla, se presume su consentimiento (Ib.).

Esta voluntad es también ilimitada en su ejercicio; se trata, pues, de un poder absoluto. "Así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, así también el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos; y a este mismo poder dirigido por la voluntad general se da, como tengo dicho, el nombre de soberanía."[2]

De modo que "todos los servicios que un ciudadano puede prestar al Estado, se los debe luego que el soberano se los pide" (Ib.). Bien es verdad que el soberano, por su parte, "no puede imponer a los súbditos una carga inútil al común, ni aun puede querer esto, pues, en el imperio de la razón, del mismo modo que en el imperio de la naturaleza, nada se hace sin motivo"; y "si se confiesa generalmente que la parte del poder, de bienes y de voluntad que cada cual enajena por el pacto social, es solamente aquella cuyo uso importa al bien común, pero es preciso confesar también, que sólo el soberano puede juzgar esta importancia" (Ib.).

Es, además, "contra la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir. No pudiendo ser considerado más que bajo un solo y único respecto, está en el caso de un particular que contrata consigo mismo; por lo tanto, se ve claramente que no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social."[3]

En resumen: La soberanía, según Rousseau, es necesaria a la sociedad; es la voluntad general (de la mayoría) de los ciudadanos; reside por lo mismo esencialmente en ellos, no tiene otro origen ni otra justificación que la libre y soberana voluntad de los individuos que, por su conveniencia, determinaron unirse bajo las condiciones susodichas. Caracteres de esa soberanía popular, la inalienabilidad y el absolutismo.[4]

---

1 Op. cit., l. II, c. I.
2 Op. cit., l. II, c. IV.
3 Op. cit., l. VII, c. VII.
4 Tuvo, naturalmente, Rousseau precursores en casi todas las ideas que forman el conjunto y la trama de su sistema, que tan enorme trans-

LA SOBERANÍA NACIONAL. — La soberanía popular de Rousseau ha ido desenvolviéndose hasta venir a parar en la soberanía de la Nación o del Estado, que es la que actualmente priva entre los tratadistas y políticos modernos. He aquí cómo la expone, entre tantos otros, Santa María de Paredes: "La soberanía reside en el Estado, no en un hombre solo, ni en la pluralidad de individuos que se reúnen arbitrariamente para ejercerla, sino en la sociedad constituída como verdadera persona jurídica, para el cumplimiento armónico de sus fines. Y, como la idea del Estado se manifiesta actualmente en la nacionalidad, pueden emplearse las palabras soberanía nacional, para expresar la soberanía del Estado; pero no se confundan con las de soberanía popular, que significan el predominio de una determinada clase sobre las demás, y no indican el carácter unitario de la nación."[1]

Debe advertirse que: 1) Algunos partidarios de la soberanía nacional, no todos, prescinden del origen divino remoto de la soberanía, de tal suerte que parece que la niegan.

2) Que suponen la soberanía nacional inalienable, de una manera análoga a la propuesta por Rousseau.

Y, en cuanto a las limitaciones de la autoridad de la nación, lógicamente las niegan quienes sostienen que el Estado es la fuente única del derecho, o quienes no admiten otro orden objetivo superior al hombre. Algunos autores, alemanes especialmente, Jellineck, por ejemplo, han propuesto la idea y la palabra de la *autolimitación* del Estado; es decir, que el Estado crea todo el derecho y, al mismo tiempo, su derecho propio al que no está sometido. No está, según eso, limitada su actividad más

---

cendencia ha tenido en la política y en la ciencia del Estado. No es posible, ni necesario nombrarlos.

Nos bastará citar a HOBBES que por su próximo parentesco pudo ser una influencia y una inspiración.

Parte, también, de la hipótesis de un estado primitivo salvaje y antisocial, de guerra de unos hombres contra otros. Como insostenible, los hombres decidieron salir de él por un pacto. Y determinaron enajenar y desposarse de todos sus derechos a todas las cosas, y concentrarlos en una persona individual o colectiva, que, en sus manos, retendría el poder ilimitado y absoluto de todo y sobre todos. El origen de la soberanía es el pacto libre; el sujeto, la persona escogida en él; sus atribuciones, ilimitadas; su justificación, la libre voluntad.

1 *Tratado de Derecho político*, p. 1.ª, sec. 2.ª, c. IV; J. LAFERRIÈRE, Op. et loc. cit.

que por las leyes que libremente se impone a sí mismo, por lo que es propísima la locución de autolimitación. Pero es de sentido común, como advierte Duguit, que una limitación voluntaria no es verdadera limitación; y una limitación del Estado, que el mismo Estado la crea y que la puede suprimir y modificar, deja de ser tal limitación.

7. Crítica de la teoría de Rousseau. — La teoría de Rousseau sobre la autoridad adolece del vicio originario de la inanidad absoluta de sus fundamentos: la hipótesis del estado primitivo antisocial, la suposición del pacto libre y soberano, raíz y fuente última de la sociedad y de la autoridad. Esos hechos y suposiciones nunca se han probado y están en pugna con la naturaleza social y finita del hombre.

Y, a este propósito, ya en el Capítulo I hemos prevenido el subterfugio a que algunos acuden, diciendo que no se aducen esos hechos como ciertos o probables, sino como explicaciones filosóficas, o algo así como la hipótesis de físicos y químicos, propias para enlazar ciertos fenómenos y darles cierta plasticidad sensible para meros fines explicativos y didácticos.

Pues bien: no se trata aquí de eso, ni sólo se ha intentado eso; sino de hallar una base para la deducción de consecuencias prácticas importantísimas, para imponer derechos y obligaciones, normas a la vida humana. Bajo este aspecto, el único aquí admisible, la teoría de Rousseau, ante todo, carece de base.

Pero aun supuesta esa base, la hipótesis del Estado antisocial y del pacto libre es inadmisible por absurda y anárquica. Así lo reconoce el mismo Hauriou,[1] cuando confiesa la difícil posición en que se colocan para resolver el problema del principio de la soberanía, los que, como él, se desentienden de toda consideración teológica, y pretenden apoyarse sólo en el orden de las cosas sensibles. Puestos en esa falsa posición, esas teorías niegan o prescinden de Dios y de todo orden superior objetivo que, por medio de las leyes naturales o positivas, dé al hombre y a la sociedad las normas y dirección de su vida y de su desarrollo racionales. Con ello, depositan en el seno de todas las instituciones humanas el germen de la anarquía y del despotismo.

Porque consecuencia lógica de tales premisas es el hacer

1 *Principes du Droit Public,* Apén. III.

al derecho público, y a todo derecho, fruto arbitrario de la voluntad libre; principio absurdo y anárquico. Y no se diga que queda la soberanía de la razón y de la justicia. Aparte de que no es misión de la razón dar preceptos, sino mostrar la verdad de las cosas, la razón y voluntad autónomas, sin un Dios que las haya creado y haya creado a las cosas, dándoles un destino y sometiéndolas a las leyes que a él las conduzcan, la razón y voluntad, en esas condiciones, son soberanas y dueñas de sus vidas y de su acción, y no se concibe obligación o deber que las someta sino a sí mismas. Quedan, pues, las principales instituciones de la sociedad y los intereses más vitales del hombre, a merced de la inconstancia y varia fluctuación de la libertad y de las pasiones humanas.

Induce también la teoría de Rousseau otras consecuencias absurdas, como la de la soberanía del número y la absoluta inalienabilidad de la soberanía.

El número, de por sí, no es criterio ni de verdad, ni de derecho, y lleva al establecimiento del despotismo de la mayoría, que es el peor y el más temible de los despotismos.

De la inalienabilidad hablamos ya en páginas anteriores.

Estos absurdos y la tenacidad con que políticos y tratadistas prescinden en sus investigaciones jurídicas de la idea del Ser Supremo y de cualquier orden superior objetivo, conducen lógicamente a la teoría brutal de la fuerza, a donde ha ido a parar Duguit, a las aberraciones del evolucionismo materialista o a la confesión resignada de nuestra impotencia, que nos obliga a aceptar las cosas, esquivando su explicación, como cuando afirma Orlando que todo cuanto pertenece al orden natural no necesita justificación alguna.

En cuanto a la teoría de la soberanía nacional, caben en ella las ideas fundamentales rusonianas, excepto, naturalmente, el concepto orgánico de la sociedad, inconciliable con la mera reunión de individuos de Rousseau. En tal caso, y teniendo siempre presente este detalle, la crítica anterior le es perfectamente aplicable.

Pero la teoría de la soberanía nacional puede también encuadrar en el sistema razonable que hemos expuesto en el capítulo IV, dando alguna explicación de la palabra alienabilidad de la soberanía, y entonces no hay para qué decir que la aceptamos desde luego.

8. La soberanía fundada en la conciencia colectiva del pueblo:[1] **Crítica.** — La teoría de la soberanía, según Orlando, puede resu-

1 ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale*, l. II, c. 1.º; JELLINEK, l. II, c. IX, p. 1.

mirse en estas palabras: La soberanía consiste en la afirmación de la personalidad jurídica del Estado y consta de tres elementos: el Estado a que pertenece; la conciencia jurídica de la personalidad, en la que se fundamenta; y el gobierno, por medio del cual se traduce en acto.

Así como los derechos subjetivos de una persona individual son consecuencia de su capacidad jurídica y ésta brota de la afirmación misma de la personalidad humana, del mismo modo la autoridad suprema, que comprende toda la capacidad jurídica de un Estado, no es más que la consecuencia del establecimiento del Estado, como persona jurídica.

Hay que distinguir el fundamento de la soberanía y la justificación de la soberanía. La soberanía no tiene necesidad de justificarse, porque es la expresión de un hecho natural y necesario; es decir, dado un Estado, ello mismo afirma su personalidad jurídica, y todo lo que pertenece al orden natural de las cosas no ha menester de justificación.

El fundamento de la soberanía del Estado no es distinto del fundamento de todo derecho; descansa en la conciencia colectiva del pueblo, en un sentimiento uniforme que nace de su índole jurídica, de precedentes históricos, del actual influjo del ambiente en que vive. Esta conciencia popular no es el fruto de algún elemento voluntario que la forma o domine en ella; es efecto de un influjo histórico y, por lo mismo, natural y necesario.

Finalmente, todo derecho implica una forma externa en que se manifieste y actúe. La externa manifestación en el derecho público se completa con un conjunto de instituciones políticas que, en expresión sintética, pudiéramos llamar Gobierno. Pues bien: las instituciones políticas son también el resultado de un proceso de adaptación histórica y tienen, por sí, aquella fuerza indiscutible de la tradición, sobre la cual, principalmente, se levanta la obediencia política de la multitud.

CRÍTICA. — La teoría de Orlando no parece aceptable por varios conceptos. Ante todo, rehuye el autor el grave problema de la justificación de la soberanía; eso viene a significar la afirmación de que la soberanía no necesita de justificación, por ser expresión de un hecho natural y necesario.

Pero aún es mayor el error de fundamentar la soberanía en la conciencia colectiva, hija de una determinación histórica, natural y necesaria, y de la que excluye todo elemento vo-

luntario. Claro es, más o menos latente o expresa, existe en los pueblos una conciencia jurídica colectiva. Pero Orlando la desnaturaliza y le da un alcance y valor que no tiene.

La desnaturaliza, porque elementos esenciales en la formación y desarrollo de esa conciencia, como de toda la vida del individuo y la sociedad, son la reflexión y libertad humanas; y esa libertad y reflexión y la responsabilidad consiguiente, no existen según Orlando; desaparecen arrolladas por una determinación necesaria. Estamos ya fuera del campo jurídico.

Le da un alcance que no tiene, como que pone a merced del sentimiento colectivo la justificación de las instituciones políticas, con lo que quedan sancionadas, justificadas, instituciones como la esclavitud, los sacrificios humanos... evidentemente absurdas, pero a las que, en determinadas épocas y pueblos, no les faltó el calor del sentido colectivo, por muy extraviado que fuese. No comprendemos tampoco cómo el sistema puede dejar a salvo la responsabilidad humana, ni defender a la sociedad de las tiranías de los de arriba, ni de las anarquías y convulsiones de los de abajo, empujados todos por esa fuerza irresistible, natural y necesaria de la tradición y del ambiente.

9. La teoría de la fuerza. Crítica. — La teoría que hace descansar la autoridad en la fuerza, es muy antigua.[1] En los tiempos modernos tiene varios representantes, como Gumplowicz, Duguit y Treitschke; y deben también los socialistas catalogarse en este grupo, pues, si bien ellos limitan su estudio y críticas a las sociedades presentes y pasadas, aseguran que, sobre la fuerza de los que más pueden, están constituídas.[2]

GUMPLOWICZ[3] parte del hecho y la hipótesis de que el Estado no tiene, ni ha tenido otro origen que un acto de fuerza, por el que un grupo humano más fuerte, se impone a otro más débil. Y es inútil tratar de buscar un fundamento jurídico o metafísico para legitimar, de cualquier manera que sea, ese acto de fuerza; pues ninguna autoridad política en el mundo se preocupa de su fundamento metafísico; su legitimidad se reduce siempre a su propiedad como fuerza.

---

1 Véanse algunas referencias en JELLINEK: Op. cit., l. II, c. VII, 2 y J. LECLERCK: Op. cit. II, p. 145.

2 V. MENGER: *L'Etat socialiste*, l. I, c. V; TREITSCHKE: *La Política*, t. I, pár. 4.

3 *Derecho político filosófico*, c. VI, l. I.

Para DUGUIT, la autoridad no es más que la voluntad más fuerte del gobernante o gobernantes.[1] En un grupo social humano, brota el Estado por el mero hecho de la diferenciación entre unos individuos que, por tener más fuerza, pueden imponer su voluntad, y los otros que quedan sometidos a ella. Por eso el elemento esencial de un Estado es la mayor fuerza.

Esa mayor fuerza puede ser material o moral; pero, cuando no es más que moral, se traduce siempre en un mayor poder de coacción. No hay diferenciación entre gobernantes y gobernados sino cuando los gobernantes pueden de hecho imponer por la coacción su voluntad a los gobernados. Por consiguiente, esa voluntad de los gobernantes que poseen, y porque poseen esa mayor fuerza, es la autoridad.

Esa voluntad no es de naturaleza diversa; tiene las mismas cualidades que la voluntad de los gobernados, ni entraña ninguna clase de fuerza intrínseca superior. Pero dispone de fuerza material, que puede utilizarla directamente para asegurar la realización de sus manifestaciones.

Esas palabras: "poder público", "imperium", en cuanto tratan de indicar una soberanía o voluntad nacional o un derecho de mandar, son puras ficciones que es necesario desterrar de toda ciencia positiva de derecho público. Hay que tener el valor de decir que emplea esas palabras la gente que detenta el poder, sólo por ser un medio cómodo de imponerlo, haciendo creer que es poder de derecho cuando no es más que un poder de hecho.

Por eso, esa voluntad-fuerza, ni es ni puede ser legítima nunca en su origen, ni en sí, porque no es un poder de derecho. Existe porque es una necesidad que exista, pues en toda sociedad se produce naturalmente la diferenciación entre los fuertes y los débiles. Esto es un hecho evidente. Sin embargo, esta voluntad, que, como acabamos de ver, no es legítima ni de derecho, tiene la obligación (y sólo de esa manera legitima su actuación), de utilizar la fuerza de que dispone para que la organización e inspección de los servicios públicos sea conforme a la regla de derecho y para lo que reclama la interdependencia social.

Tal es la teoría de Duguit, expuesta casi en sus propias palabras.

---

1 *Manuel de Droit constit.* P. 1.ª, c. I, 3.ª ed. 1918. Véase también: *L'Etat, les governants et les agents* y *Transformación del Estado.* En su *Traité de Droit Constitutionnel,* t. I, cc. V y VI, trata largamente del problema de la autoridad y de su origen. Examina y rechaza las demás teorías y se reafirma en la suya de la fuerza. Hemos utilizado la 2.ª edición 1921.

El origen de la autoridad es la fuerza; el sujeto, los individuos, que de hecho y por medio de esa misma fuerza, imponen su voluntad; su naturaleza es la de una voluntad humana que se impone porque puede imponerse brutalmente; por límite tiene la obligación de someterse a la regla objetiva que la interdependencia social reclama, para la organización de los servicios públicos.

CRÍTICA. — La teoría que supone que la autoridad es sencillamente la fuerza que de hecho se impone, sobre todo tal como la expone Duguit, no merece los honores de una refutación seria. Duguit, en sus afirmaciones, une a un desenfado grande, una futilidad no menor, que no se detiene ante la contradicción. Por fortuna, la falsedad e inconsistencia evidentes de su sistema, hacen que sea menos peligroso de lo que de su contenido se pudiera recelar.

Duguit niega que existe el poder público como derecho; niega los derechos individuales, y aun el concepto mismo de derecho subjetivo. ¿Razón de afirmaciones tan contrarias a la convicción general de todos los hombres? Duguit se contenta con decir que tales ideas son conceptos metafísicos, a priori, fórmulas escolásticas vacías.

Esto no obsta para que, si no existe el derecho, por ser un concepto metafísico, exista, sin embargo, la obligación, porque, a decir de Duguit, los gobernantes tienen la obligación de acomodarse a la regla objetiva de la interdependencia social, y los gobernados de obedecer a la regla social. Y, a la verdad, que ni el sentido común, ni las reglas de la lógica aciertan a comprender cómo la obligación — que no es un hecho, y es, en cambio, de la misma madera metafísica que el derecho — pueda existir, mientras se le niega la existencia al derecho, precisamente por no ser un hecho, y por ser concepto metafísico. Parece que la lógica debía deducir que, puesto que el derecho no es sino la fuerza mayor que de hecho se impone, la obligación ha de ser la fuerza menor que de hecho se doblega.

Es también muy curiosa la forma desembarazada con que demuestra el fundamento de la regla de la interdependencia social, a la que somete gobernantes y gobernados. Dice[1] que "si se discutiese su fundamento, no vacilaría en postularla, como dicen los filósofos". ¡Prueba

1 *Transformación del Estado*, p. 192. Trad. de A. Posada.

convincente en labios de Duguit!... El profesor de Burdeos, muy contra su intención, sin duda, lleva, con su sistema, la sociedad al borde de la anarquía. Porque está avocada a la anarquía la sociedad que admita el principio de que el derecho soberano no es sino la fuerza mayor, que se legitima por el mero hecho de existir o imponerse. Por fortuna, el sentido común se sobrepone a todas esas extravagancias y no saca de ellas las desastrosas consecuencias de disolución que entrañan.[1]

10. La autoridad según la teoría orgánica de la sociedad: indicación. — La autoridad corresponde a la nación. Pero debe tenerse en cuenta que la nación, para los defensores de esta teoría, es un cuerpo orgánico viviente, un todo organizado con su cabeza, miembros, etc.; una persona, en la que el todo es dueño de cada parte. En ese organismo hay un miembro, la cabeza, al que por ley de naturaleza y legítimamente, corresponde la función directiva de la autoridad. ¿Cómo se forma esa cabeza? Se forma por sí misma, por la evolución necesaria y natural de células y uniones de células. Fatalmente, pues, corresponde la función directiva suprema a quien la naturaleza encomienda esa función. Todas las células contribuyen a la formación de ese órgano supremo; pero todas inconscientemente, por leyes físicas, y el resultado, como natural, es siempre legítimo. Los Gobiernos, pues, nacen, se desarrollan, perecen en virtud de la fuerza misteriosa, eficaz y siempre viva de la naturaleza.

Adolece esta concesión de la soberanía del vicio originario de toda la teoría orgánica sobre la naturaleza del Estado, y de la que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

---

1 Aunque de carácter muy distinto, debe colocarse entre las teorías que confunden la autoridad pública con la fuerza, la que propone Haller: "Allí donde la potencia y la debilidad se encuentran, se forma una relación, en virtud de la cual, corresponde la autoridad a la primera y la obediencia a la segunda; relación conforme a la justicia y al interés de ambas partes." Y asegura ser esto una necesidad providencial.

CAPÍTULO SEXTO

La autoridad

EXPOSICIÓN DOCTRINAL

SUMARIO: 1. La autoridad: su necesidad en toda sociedad política. — 2. Sus caracteres. — 3. Procedencia divina de la soberanía. — 4. Por su carácter y por su función esencial está sobre la voluntad de los hombres. 5. Sujeto primario de la soberanía. — 6. ¿Ha de ejercerla la misma Sociedad? — 7. Permanencia habitual de la soberanía. Equívocos e incomprensiones.

1. La autoridad: su necesidad en toda sociedad política. — Otro de los elementos indispensables, en la sociedad civil, es la autoridad: un principio director que eficazmente ordene y regule los actos de los ciudadanos hacia el bien común.

Su necesidad, en toda sociedad política, es un postulado evidente de la ciencia del derecho que se impone, por sí mismo, a toda inteligencia normal. Sólo lo han negado los anarquistas que, como Proudhon y Kropotkine, han sostenido la ilegitimidad absoluta de toda clase de Gobiernos. Y así lo proclama también en nuestros días la ideología comunista, que pretende, tras la dictadura *provisional* del proletariado, desembocar en la etapa definitiva de una sociedad libre, sin autoridad.

La sociedad perfecta necesita de la autoridad para encauzar, en una dirección ordenada, los esfuerzos de todos los ciudadanos en prosecución del bien común, para conservar la paz y la justicia en su vida interna y procurar su defensa de las agresiones externas.[1]

---

1 Nos concretamos en este capítulo a la exposición de la doctrina clásica española sobre la autoridad civil o soberanía. De ella dejó escrito PAUL JANET (*Historia de la Ciencia Política*, l. III, c. IV): "es, sin duda, la más acertada y profunda que hemos hallado en la historia de la ciencia".

Esa doctrina, aunque en su exposición hagamos más frecuentes refe-

Decimos la sociedad perfecta. Porque la mera agrupación de seres humanos, sin un vínculo de unión moral que los constituya en alguna especie de unidad, ni forma una unidad política, ni necesita de ninguna cabeza o fuerza directora que armonice sus actos y rija su vida. Pero esa misma multitud que, por común consentimiento, se agrupa en cuerpo de comunidad para conseguir el fin político del bien general de todos, con mutua colaboración de esfuerzos, necesita de una dirección.

Y la razón es clara. Porque los miembros particulares atienden al bien singular de cada uno, que con frecuencia ha de estar en pugna con el bien común; otras veces, el bien común exigirá cosas que no sean tan necesarias a los particulares y, aun siéndolo, no se procuran porque convenga al bien común, sino al particular. Por consiguiente, en toda comunidad perfecta se requiere una autoridad pública, a la que *ex-officio* corresponde atender al bien general y procurarlo. De lo cual se deduce, evidentemente, la necesidad y legitimidad de una "magistratura civil (dice Suárez), nombre con el cual designa la comunidad".

Y como la naturaleza humana no puede estar destituída de los medios necesarios para su conservación y desarrollo, dedúcese de ahí que, por derecho natural (no por voluntad o capricho de los hombres), no puede faltar en la sociedad un Príncipe o una autoridad legítima y suficiente.[1]

---

rencias a Suárez, no es que la juzguemos exclusiva suya de él. SUÁREZ es, sin duda, uno de sus más genuinos representantes, y muy señalado por la amplitud, claridad y profundidad con que desarrolló la materia, sobre todo en sus libros *De legibus*, *Defensio Fidei* y *De opere sex dierum*. Pero esa doctrina fué compartida por una pléyade numerosa de aquella época, como VITORIA, SOTO, MOLINA, COVARRUBIAS, etc., hasta formar una escuela, justamente proclamada la escuela clásica española. Olvidada durante mucho tiempo, vuelve a renacer justipreciada por los nuevos valores intelectuales y jurídicos, comenzando por el mismo ADOLFO POSADA en la tercera edición de su *Tratado de Derecho Político* (Vic. Suárez, 1923). Véanse, además del mismo Posada (Tom. I, l. VI, c. 2.º); RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, l. I, c. IV; SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho Político*, 3.ª Ed. Parte especial, cc. 23, 24 y 25; P. JOSÉ NEM. GÜENECHEA: *Principia Juris politici*, t. I, c. IX; DUNNING: *History of political theories. From Lutter to Montesquieu*, c. IV: The catholic Reformation; CARLYLE R. W. Y A. J.: *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, v. IV: From 1300 to 1600. Edimburg and London, 1936; ELOY BULLÓN Y FERNÁNDEZ: *El concepto de la soberanía en la escuela jurídica española del siglo XVI;* PIERRE MESNARD: *L'essor de la Philosophie politique au XVI siècle*, l. VI, c. III; JUAN BENEYTO: *Historia de las doctrinas políticas*. Segunda parte, l. IV, c. 33, etc.

1 SUÁREZ: *De Legibus*, l. IV, c. I, nn. 4 y 5: c. II, n. 4.

O, como dice Vitoria,[1] "la república no puede ser privada, de ningún modo, de esa potestad de defenderse a sí misma y de administrarse contra las injurias de los propios y extraños, lo cual no podría hacer sin los poderes públicos. Por lo tanto, si todos los ciudadanos conviniesen en prescindir de las autoridades, para no estar obligados a ninguna ley y no tener que obedecer a nadie, el pacto sería nulo e inválido como antinatural".

Esas palabras, al mismo tiempo que la necesidad, nos explican el fundamento y la naturaleza de la autoridad civil, y nos proporcionan los elementos para hacer la definición, que pudiera expresarse diciendo, que es "el derecho o facultad suprema de dirigir eficazmente los miembros de la comunidad al bien común".

2. Sus caracteres. — Suele decirse de la autoridad política:

a) que es una fuerza de carácter moral;
b) que es soberana en su doble aspecto: interno, de vida interna, y externo o internacional;
c) que esa soberanía no es absoluta, en ninguna de las dos esferas, interna e internacional;
d) que es plena, una e indivisible;
e) que no es limitada, ni absoluta.

a) En primer lugar, LA AUTORIDAD ES UNA FUERZA DE CÁRACTER MORAL; es decir, que su acción no es, ni se asemeja a la acción mecánica de las fuerzas físicas, ni a la instintiva y fatal que pone en movimiento la vida de los seres meramente sensitivos. Es la acción propia que se deriva de la obligación, que liga la voluntad de los seres libres al cumplimiento de lo mandado, pero dejando intacta y a salvo su libertad física.

La razón es que el fin de esa autoridad es el regir seres inteligentes y libres que, normalmente, no admiten otro impulso directivo en sus actos que el apropiado a su naturaleza racional, como es evidente.

Pero ese carácter moral no priva a aquella acción de la eficacia que necesita toda la autoridad social para conseguir su fin: la obediencia de los súbditos. Por eso, la legítima autoridad social impone a los miembros de la sociedad, verdadera obligación de conciencia;[2] porque, de otra manera, dada la condición de la naturaleza humana, finita y

---

1 *Reelección de la potestad civil*, n. 10, Ed. y trad. de L. A. Getino, Madrid, 1934.
2 V. SUÁREZ: *De Legibus*, l. III, c. XXI.

libre, y por lo mismo expuesta a equivocaciones y rebeldías, sería una potestad inútil e incapaz de conseguir el bien de la sociedad a que tiende. Y no sólo eso, sino que la autoridad civil lleva siempre consigo el derecho de coacción; es decir, la facultad de conminar con penas la transgresión de sus preceptos, y de aplicarlas, en caso de transgresión; en otras palabras, la facultad que compete a la autoridad de emplear la fuerza física, cuando la ignorancia o la malicia humana resisten al impulso directivo de sus mandatos. Es lo que el P. Márquez expresaba gráficamente,[1] refiriéndose a los ministros de Justicia, diciendo: "Aparte de que la justicia desarmada y sin fuerzas para desagraviarse, es justicia pintada y de sólo apariencia, y a ésa no la temerán sino los niños, para quienes (como dijo San Jerónimo) se hizo el miedo de las máscaras."

Algunos autores modernos, a propósito de este carácter de la autoridad civil, hablan de la irresistibilidad de la autoridad política; dicen que la autoridad civil resulta de la unión efectiva de la fuerza y del derecho social de mandar.[2] Se recuerda, a este propósito, la fórmula tripartita de Kant: el Estado como legislador es *irreprensible;* como ejecutor *irresistible;* como juzgador *inapelable.*

Otros autores contemporáneos resumen los carácteres de la autoridad civil, diciendo que es un poder de derecho, un poder originario y supremo.

Poder de *derecho,* no de mera fuerza. Y que implica un deber de obediencia en los súbditos que reconocen en los gobernantes la facultad de mando, de imponer la ley.

Un poder *originario,* no derivado, ni recibido por delegación de una potencia superior.

Un poder *supremo,* que en su dominio o esfera no reconoce otro poder superior, ni igual, ni concurrente.

b) ES SOBERANA EN SU DOBLE ESFERA: INTERNA Y EXTERNA. Esta soberanía abarca la libertad externa o independencia de todo poder extraño a la sociedad; y la libertad interna o plena facultad de gobernarse a sí misma, en la forma y condiciones que juzgue más conveniente. De esa soberanía independiente se deduce la irresponsabilidad de sus decisiones, pues se excluye hasta la posibilidad de apelar jurídicamente de ellas ante otro superior humano, que no existe.

---

1 *Gobernador Cristiano,* c. XVIII.

2 J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit constitutionnel* (2.ª ed.), p. 358. Domat. París, 1947; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel,* p. 103. Sirey-París, 1949.

La moderna ciencia política ha tendido a concebir la soberanía del Estado, como cualidad objetiva del mismo, que abarca la ilimitada supremacía de su poder y la absoluta libertad de su autodeterminación. Fueron Bodino y Hobbes quienes, en sus teorías sobre la autoridad, de manera expresa y radical, expusieron y vindicaron, y no como fenómeno histórico, sino como doctrina ideal, la absoluta e ilimitada soberanía del Estado. Y esa concepción, como lo indica el Sr. Sánchez Agesta, ha sido aceptada, en general, por muchos autores, al menos como un supuesto y dogma indiscutible y peligroso de discutir.

Pero convendría advertir, desde ahora, que cuando decimos que la autoridad civil es soberana o suprema, entendemos que lo es en su orden, sin excluir soberanías de otro orden, con las que puede y debe convivir. Dice muy bien a este propósito Orban:[1] "La soberanía del Estado se concilia perfectamente con el imperio (reinado) de la Divinidad, que dicta al hombre sus preceptos, por medio de las luces de la razón y de la religión natural; es compatible con la soberanía de la Iglesia, que apoyándose en los títulos de Derecho divino positivo, reivindica para sí, en los Estados cristianos, el ejercicio de los derechos que implica la misión de que la ha investido su inmortal Fundador".

Ahora bien, esta soberanía:

c) No es absoluta, en ninguno de los dos aspectos: interno y externo. — La soberanía nunca puede significar arbitrariedad ilimitada. Sencillamente, la autoridad es soberana *en su esfera*, en aquellos poderes necesarios para el cumplimiento de su fin. O, como dicen los modernos, *en su competencia*. Porque la autoridad civil, por su misma naturaleza está instituída para el cumplimiento de un fin: el establecimiento y defensa de la justicia y la promoción del bien común temporal. Cuando la autoridad sale de esa su competencia, ya no es autoridad; es, cuando menos, arbitrariedad y, con frecuencia, tiranía. Y cesa entonces, como lo afirmaba nuestra doctrina, el deber de la obediencia.

Puesto ese principio, fácilmente se señalan las barreras infranqueables que limitan la acción del Estado. Y ante todo, no es absoluta la soberanía del Estado en la *esfera interna*. Porque

1 Op. cit., t. I, n. 157.

el Estado ha de respetar y guardar incólumes los derechos naturales, los derechos de las entidades menores que viven dentro del Estado, y ha de someterse también a las restricciones que a los órganos supremos instituídos imponga, positivamente, la soberanía originaria de la Sociedad. De ello nos ocuparemos con más detenimiento en el párr. *e*) de este número 2.

Tampoco es absoluta la soberanía del Estado en la esfera *externa o internacional.* Nadie niega, en nuestros días, la existencia de una ley natural internacional que regule la vida de relación entre los hombres; o, mejor, entre los grupos nacionales que forman la comunidad universal. Precisamente, por estar los hombres encuadrados en distintas agrupaciones independientes, cada una de ellas es miembro de este universo que abarca a todo el género humano.

Y como estas agrupaciones humanas, aisladas unas de las otras, no se bastan a sí mismas, sienten la necesidad y conveniencia de mutuo auxilio y comunicación, a la que les arrastra una inclinación irrefrenable. De aquí la necesidad de un derecho por el cual se dirijan y gobiernen rectamente en este linaje de comunicación y asociación; derecho que, necesariamente, ha de limitar y coartar la soberanía de cada miembro de la comunidad universal. Derecho, por otra parte natural, como arraigado en la misma naturaleza humana; pero que necesita, para su eficacia y perfeccionamiento, un desarrollo positivo. Y así lo proclamaron los fundadores del llamado Derecho Internacional moderno.

Por desgracia, no se ha establecido aún sobre los Estados un derecho positivo universal; puesto que no se ha llegado a la constitución de un organismo humano supranacional, al que se reconozca jurisdicción sobre todas las naciones, cuando menos civilizadas.

Y ninguna prueba mejor, *a posteriori,* de la necesidad de la formación de ese organismo supranacional que dicte normas universales de derecho positivo, que los constantes esfuerzos de los hombres para formarlo y las teorizaciones ideales que se han escogitado para fundamentarlo. Tal constancia en los esfuerzos no puede atribuirse más que a una ley interna connatural, que hace acto de presencia a la primera oportunidad que le ofrezcan los acontecimientos humanos.

Ha sido el idealismo cristiano, con su doctrina de la unidad humana fuertemente trabada por los lazos de origen común, naturaleza y destino, el que más ha fomentado esos conatos de universalidad hasta ahora fracasados por las concupiscencias humanas y las ansias impe-

rialistas de los países más poderosos de la tierra. No por eso dejan de proponerse nuevos proyectos de asociación universal dentro de la cual ha de quedar el Estado sometido a una regulación superior que limite y reduzca a su justo cauce la soberanía. Quedan muy atrás las iniciativas cristianas medioevales — *la universitas cristiana* — que cuajaron transitoria e imperfectamente en el Imperio de Carlo Magno, el Sacro Romano Imperio, etc. Más cerca de nosotros y después de las guerras napoleónicas se constituyó la Pentarquía cristiana de la Santa Alianza. En nuestra edad, ante nuestros ojos y con pretensiones más modestas, se han esbozado núcleos internacionales de tipo regional, o de pretensiones universalistas, como la Unión panamericana, la Comunidad británica de Naciones, la Organización de Naciones Unidas...[1]

Sin embargo, no es el deseo de una asociación pacífica, progresiva y armónica el que empuja a las naciones más poderosas a tales Uniones. Bajo apariencias inocuas y pacifistas, se ocultan afanes imperialistas y mutuos recelos. El movimiento universalista sigue con todo su lento y trabajoso camino hacia la ansiada meta.

Tanto, que se ha puesto ya sobre el tapete el problema sobre la primacía del orden jurídico estatal o del orden jurídico internacional, problema recientemente discutido entre los autores modernos; si bien la mayoría de ellos se inclinan a otorgar dicha primacía al Derecho internacional: solución lógica y clara si se aplica el criterio clásico español inspirado en el fin y en la competencia.[2]

En resumen, y mientras tanto, la soberanía externa de las Naciones no tiene otros límites que los señalados por el derecho natural, las costumbres internacionales aceptadas y los convenios libremente concertados.

d) La autoridad civil es plena, una e indivisible. — Es decir, lleva en sí toda la plenitud de la potencia del Estado; contiene todas las atribuciones, todas las funciones, todos los poderes del Estado, sin quedar limitada a una función o atributo especial, sino abarcándolos a todos. Orlando compara esa plenitud[3] a la capacidad jurídica de una persona que inclu-

---

1 José María Codón: *La idea de la universalidad cristiana y la comunidad internacional.* Imprenta Aldecoa. Burgos, 1949; J. de la Brière: *La Communauté des Puissances,* c. XII, II, passim y c. XVII. Beauchesne- París, 1932.

2 H. Triepel: *Droit International et Droit Interne.* Recueil des Cours de l'Academie de Droit Internacional de La Haya. Tom. I, 1923. Pueden verse otros autores y trabajos sobre el tema en la misma colección de "Recueil des Cours"...

3 *Principii di diritto costituzionale,* n. 59.

ye todos los derechos y atributos del individuo, sin excluir ninguno.

Es también una e indivisible. Porque, siendo necesaria esa autoridad precisamente para unificar los actos de los asociados que, dada la imperfección humana y la oposición y diversidad de intereses, han de ser discrepantes entre sí muchas veces, y aun contrarios al fin social, no sería posible lograr esa unificación si la misma facultad soberana no fuera única. "Es necesario[1] que el principado supremo sea uno. Porque, si fueran varios y no estuvieran coordinados entre sí y subordinados a uno, sería imposible obtener la unidad, ni tampoco la justicia y la paz que la obediencia y concordia llevan consigo, como es evidente. Cuando decimos un solo príncipe o principado, nos referimos a una sola potestad, resida ella en una sola persona individual o en un Consejo o congregación de varios, con tal que formen una sola persona moral."

Por eso mismo, esa unidad del poder, y dígase lo propio de la indivisibilidad, no ha de entenderse materialmente, como si indicara una especie de concentración de las funciones y poderes del Estado en un solo individuo o en un solo órgano. Esto, aparte de que en la realidad sería imposible, pugnaría con las conveniencias políticas que aconsejan, por razones que aún no son de este lugar, la distribución en varios órganos de las actividades soberanas; si bien esos órganos, por razón de la unidad de la soberanía, han de estar enlazados y ordenados en una jerarquía única, en un organismo único del poder, del que nazcan la unidad de vida y de decisión.

e) Finalmente, LA AUTORIDAD CIVIL SUPREMA NO ES ILIMITADA NI ABSOLUTA. — No es dicha autoridad el poder que los jurisconsultos ingleses atribuyen a su Parlamento, cuando dicen: "El poder y jurisdicción del Parlamento son tan trascendentales y absolutos, que no pueden ser restringidos por ningún límite en todas las materias concernientes a las personas y a las cosas"; poder absoluto que *De Lolme* encierra en aquella frase ya proverbial: "el Parlamento lo puede todo, menos cambiar una mujer en un hombre y un hombre en una mujer".[2] La doctrina verdadera la expone profundamente Suárez en su obra *De*

1 *Defensio fidei*, l. III, c. I, n. 5.
2 V. DICEY: *Introduction a l'etude de Droit Constitutionnel*, c. I; EDWART COKE: *Fourth Institute*, p. 36.

legibus: "Como el legislador humano (habla del acto legislativo, como el característico del poder soberano) no tiene, como Dios, una voluntad perfecta, por eso, en cuanto es de sí y de hecho, puede alguna vez preceptuar cosas injustas, como es evidente. Pero no por eso tiene potestad para obligar en los casos injustos; y cuando así mande, aquel mandato no es ley, ni tiene eficacia ni fuerza de obligar".[1]

Por eso las facultades de la autoridad suprema civil están limitadas (vide supra), por de pronto y como es obvio, a los lindes del territorio nacional y a los miembros de la sociedad política que rige. Pero, además, esa autoridad soberana está encerrada dentro de los límites que la naturaleza y fines de su misma institución le señalan: la conservación y fomento del bien público. Al salir fuera de esos límites, cesa el fundamento de su misma existencia y, por lo tanto, de sus facultades. Debe también someterse a los dictados de la razón y de la justicia que el derecho natural le impone; está obligado al respeto de los derechos personales individuales y colectivos, etc. Es, pues, falso que las facultades del Parlamento inglés (o las de cualquier otro del mundo) no se hallen restringidas por ningún límite, "en todas las materias concernientes a las personas y a las cosas".

Algunos autores, como Orban,[2] distinguen en este problema el aspecto, del Derecho natural, de la Ciencia política y del Derecho meramente positivo. Y conforme con la doctrina expuesta, en la esfera del Derecho natural y en el campo de la ciencia política, añaden que pudiera sostenerse que la autoridad suprema es ilimitada en Derecho puro positivo. En cuanto que, considerada la autoridad suprema en el período constituyente, no está realmente ligada por ningún texto constitucional ni legal. Es verdad; como también lo es que la autoridad constituída (órganos constituídos) pueden estar limitados aun por restricciones positivas, establecidas por el poder constituyente. Pero, aun hecha esta concesión, y admitido ese punto de vista de derecho puro positivo, queda en pie con toda su fuerza la limitación del poder soberano, dentro de los límites de su fin, del derecho natural, de la justicia, de los derechos individuales de las personas, etcétera.

Así lo entienden también los mismos autores ingleses. "Bladstone (en sus *Comentarios*), después de afirmar categóricamente que el poder y la jurisdicción del Parlamento son tan trascendentes y absolutos, que no pueden ser restringidos por ningún límite en todas las

---

1 *De legibus*, l. III, c. IX, n. 4.
2 Op. cit., t. I, c. 164.

materias concernientes a las personas y las cosas", añade y presupone a la vez que, "siendo el derecho natural tan antiguo como la humanidad y dictado por el mismo Dios, tiene naturalmente una fuerza superior a toda otra".[1]

Por su parte, *García Pelayo* explica así la llamada Omnipotencia del Parlamento inglés:

"Desde el punto de vista jurídico, el Parlamento es el titular del poder supremo en la Gran Bretaña. A esta situación se le designa con el nombre de "soberanía legal", de "autoridad trascendente y absoluta", de "omnipotencia", etc. del Parlamento. Ello es así porque, en primer lugar, no existe la distinción formal entre las leyes constitucionales y ordinarias, de manera que, en cualquier instante, el Parlamento puede establecer, por el método ordinario, reformas constitucionales; porque no existe ningún tribunal con competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, o sea que toda ley del Parlamento, cualquiera que sea su contenido, ha de ser aplicada por los tribunales de justicia; porque el derecho por él creado tiene primacía sobre el *common law,* y sobre cualquier forma de creación jurídica; porque está por encima de los fallos judiciales, ya que puede dar un *bill* de indemnidad con objeto de legalizar un acto ilegal o de librar a alguien de las consecuencias jurídicas de la comisión de un acto; porque puede prolongar su vida más allá de los cinco años para los que ha sido convocado; porque puede, en fin, regular la sucesión del trono, excluir de ella a los que no sean miembros de una determinada religión, limitar la prerrogativa regia, cambiar la religión del Estado, etc."[2]

En resumen, que la autoridad civil, o sea el derecho o facultad suprema de dirigir eficazmente los miembros de la sociedad al bien común, en el sentido explicado, es una facultad de carácter moral; es soberana y plena; es una e indivisible; es limitada.

3. Procedencia divina de la autoridad. — La autoridad suprema procede de Dios. Lo cual se puede hacer patente de la siguiente manera:[3]

---

1 Citado por DICEY en *Introduction au droit constitutionnel,* P. 1.ª, c. I.

2 *Derecho constitucional comparado,* c. VII, V, B. (p. 235). Rev. de Occidente. Madrid, 1950.

3 Véanse: BALMES: *El protestantismo comparado con el catolicismo,* t. I, cc. 51 y 52; VITORIA: *De Potestate Civili,* n. 6; MENDIVE: *La Religión vindicada,* c. XXXV; SOTO: *De justitia et jure,* l. IV, c. 4, a 1.º; S. BELARMINO: *De Laicis,* l. 3, c. VI; JOSÉ CORTS GRAU: *Principios de derecho natural y político,* pp. 217 y ss.; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político,* n. 27.

Hemos visto que la autoridad suprema es condición de vida, condición indispensable a la existencia y desarrollo normal de la sociedad. Esto supuesto, el origen y raíz de esa condición de vida no puede ser otro que el origen de la sociedad. Porque Dios, al dar la naturaleza e imponerle un fin, no puede negarle los medios necesarios para conseguirlo: Dios, al dar la naturaleza, da, con ella, sus condiciones esenciales y las cualidades naturales de que está adornada.

O en otras palabras. En el orden natural, al sujeto de un derecho o de un deber, se le deben proporcionar los medios necesarios para la realización de ese derecho y el cumplimiento de ese deber. Ahora bien: la sociedad tiene el derecho y el deber de alcanzar su fin: la prosperidad y perfección propias, imposibles de alcanzar sin una autoridad soberana. Luego, por derecho de naturaleza, al que Dios no puede faltar, a la sociedad política se le debe la autoridad.

Por otra parte, la voluntad humana no puede ser origen de la potestad suprema. Porque, prescindiendo de ella y aun sobre la voluntad humana que quisiera impedirlo u olvidarlo, existiría en toda agrupación política el derecho de gobernarse, como condición de vida. El hombre, sólo por serlo y porque existe, y sin que pueda impedirlo él mismo, será dueño de sus facultades y miembros y, en sí mismo, llevará la facultad de regirlos para el cumplimiento de su fin. Lo mismo sucede por ley de naturaleza a la sociedad política. He aquí una explicación sencilla y clara de la frase del Apóstol: "Non est potestas nisi a Deo", aplicada a la autoridad civil.

Es esta tesis punto común en que coincide toda nuestra literatura política clásica y que aceptan todos los autores que de alguna manera admiten la existencia de Dios.[1]

El P. LUIS MOLINA aceptando y comentando las ideas de predecesores suyos, como Vitoria y Soto, cuando afirman que desde el momento en que los hombres se unen en un cuerpo de comunidad política, brota en ella, por derecho natural, la autoridad del todo sobre las partes, prosigue: "Por lo mismo, siendo Dios autor del derecho natural, esa autoridad procede inmediatamente de Dios como forjador que es de la naturaleza; si bien la unión de los hombres que forman la

---

1 Véase la Encíclica "*Diuturnum*" de LEÓN XIII, sobre el origen del poder.

comunidad política sea una condición previa necesaria para que exista dicha autoridad".[1]

"Está, pues, claro, decía VITORIA aludido por Molina, que la fuente de las ciudades y de las repúblicas no fué una invención de los hombres, ni se ha de considerar como algo artificial, sino como algo que procede de la naturaleza misma, que para defensa y conservación sugirió esta razón a los mortales. De esa misma razón se infiere al punto que el mismo fin tienen y la misma necesidad que las ciudades, los poderes públicos. Porque, si para guardia de los mortales son necesarias las congregaciones y juntas de hombres, ninguna sociedad puede persistir sin alguna fuerza y potestad gobernadora y previsora. Corren, por tanto, las mismas razones de utilidad y uso con respecto al poder público que con la comunidad y la sociedad."

"Si todos fuesen iguales y ninguno estuviese sujeto al poder, tendiendo cada uno, por su privado parecer, a cosas diversas, necesariamente se distraerían los negocios públicos; y la ciudad se disolvería si no hubiese alguno que cuidase de la comunidad y mirase por los intereses de todos..."

"Tenemos, pues, una causa final y potentísima de la potestad civil y secular: la utilidad, o más bien, la gran necesidad a la cual nadie contraría sino sólo los dioses."

"La causa eficiente del poder civil, por lo dicho se sobrentiende. Habiendo mostrado que la potestad pública está constituída por derecho natural y teniendo el derecho natural a Dios sólo por autor, es manifiesto que el poder público viene de Dios y que no está contenido en ninguna condición humana, ni en algún derecho positivo."

"Por lo cual, si las repúblicas y sociedades están constituídas por derecho natural o divino, con el mismo lo están las potestades, sin las cuales las repúblicas no pueden subsistir." "Y puesto que Dios infundió esta necesidad e inclinación a los hombres, que no pudiesen estar sin sociedad y poder que los rigiese, este poder tiene a Dios por autor y a Él hay que atribuirlo."[2]

4. Por su carácter y su función esencial está sobre la voluntad de los hombres. — Con razón insisten nuestros autores clásicos sobre el carácter de esta autoridad que, por su propia naturaleza, se alza independiente y se impone a las voluntades de los hombres. Afirmación trascendental que ya de antemano, descalifica y

---

1 MOLINA: *De Justitia et Jure.* Trat. II. Disp. XII, Venetiis 1602. Hay una traducción española "*Los seis libros de la justicia y el derecho*", con introducción y notas de Manuel Fraga Iribarne. Madrid, 1943.

2 FRANCISCO VITORIA: *De potestate civili,* 5 y 6 (Ed. y traducción del P. Getino).

refuta la aberración rusoniana del origen popular de la autoridad, que tanto ha prevalecido en la ideología y prácticas modernas. La autoridad al nacer, y no nace por voluntad de los hombres, aparece constituída en su esencia y en sus atributos fundamentales, en cuya determinación nada puede el capricho humano. Ni existe porque los hombres se determinan a vivir en sociedad y forjan a su arbitrio el instrumento necesario para la vida común.

Porque el hombre no viene a la sociedad libremente, sino empujado por la razón y por una inclinación natural ineludible que le señalan, imponiéndole, el único camino viable para su conservación y perfeccionamiento. No forja él la autoridad, sino que la encuentra ya nacida en las entrañas mismas sociales, con un fin definido que le marca la naturaleza, y con las condiciones y atributos indispensables para cumplir ese fin. En ese fin y en esos atributos nada puede la voluntad humana, que sólo queda libre para la selección y determinación de los órganos más propios para cumplir ese fin y actuar esos atributos. Y así, quedan propiamente los hombres que forman la sociedad, no tanto dueños y señores de la autoridad política, sino siervos de ella.

Queda así abierto un abismo entre nuestra concepción tradicional de la autoridad y la concepción rusoniana que tantas cabezas ha trastornado y tantos desastres ha traído al mundo.

Muy a propósito Molina, siguiendo las huellas de Vitoria, escribe: "Por eso Vitoria defiende que la potestad civil no nace porque los hombres quieren someterse a ella, erigiéndola, por su arbitrio, sobre sí mismos y para bien común de todos; así como si algunos se reuniesen para algún fin particular y eligiesen una autoridad común. Esa tal autoridad no viene inmediatamente de Dios por derecho natural, sino de los hombres que libremente se someten a ella, ni tiene mayor alcance que el que ellos mismos libremente le conceden.

Pero la otra autoridad (la civil) procede de la naturaleza misma de las cosas (supuesta ya la unión de los hombres para constituir la sociedad política) y, por lo tanto, procede inmediatamente de Dios como autor de la naturaleza, y no de los hombres que se juntaron para formar la sociedad política. A lo más, esa junta o unión es una condición previa para que exista la república y la potestad misma."[1]

---

1 MOLINA: *De justitia et jure*, Trat. II. Disp. XII (Venetiis 1602)

5. Sujeto primario de la soberanía. — Ahora bien: esa autoridad procede de Dios, a modo de cualidad inherente a la misma naturaleza de la sociedad. Porque de Dios pueden proceder las cosas de muy distinta manera.

Dios, a veces, comunica a los seres sus cualidades, imprimiéndolas en la misma naturaleza de ellos al crearlos, y como condición y manera de ser natural de su existencia. Crea Dios, por ejemplo, el alma humana, y no necesita un nuevo ejercicio de su poder creador para comunicarle el entendimiento y la voluntad, que incluídos y empapados van en la misma alma creada. Produce Dios un árbol o una semilla, y al adornarse después el árbol de hojas y flores, no son éstas el fruto de una nueva acción productiva de Dios, sino natural actuación de las fuerzas naturales que en la semilla depositó la originaria acción creadora.

Pero, otras veces, Dios comunica a las cosas fuerzas y propiedades ajenas a la condición natural de las mismas; es decir, que ni las condiciones físicas ni morales de la entidad de que se trata las reclaman. Por lo tanto, la concesión de dicha facultad y la medida en que se concede, dependen en absoluto de la libre voluntad de Dios, aun en el supuesto de su voluntad de crear aquello de que se trata.

Por la misma razón, y como esas cualidades no van incluídas en la naturaleza de la entidad, el estudio de la misma, de por sí, no la puede dar a conocer. Por ejemplo, la potestad de hacer milagros que Dios concediera a un hombre. Esto supuesto, la razón natural, como dijimos antes, descubre en la sociedad política perfecta, como condición indispensable para la paz y la justicia, como base de conservación y vida, una autoridad suprema. Y esa autoridad no tiene el carácter de una propiedad ajena a la naturaleza de la sociedad, y que Dios, por libre voluntad, se la añadiese, aunque fuese con el fin de perfeccionarla. Si así fuera, la razón sola no sería capaz de descubrirla en el seno de toda sociedad, prescindiendo de toda enseñanza externa de carácter positivo.

Por otra parte, no existe señal ni vestigio de que Dios se haya servido de otra manera de concesión y otorgamiento que la vía ordinaria de la naturaleza. Podemos, por lo tanto, concluir, que Dios la otorgó "como propiedad consiguiente a la naturaleza misma; es decir, por medio del dictamen de la razón

natural, que manifiesta que Dios ha provisto suficientemente al género humano y, por lo tanto, le dió aquella potestad que es necesaria para su conservación y gobierno conveniente".[1]

Pero, aun esto supuesto, aún pudiera indagarse cuál pudiera ser el sujeto, la persona a quien Dios otorgase el derecho de la suprema autoridad para el bien de la sociedad.

De las anteriores enseñanzas, lógicamente se desprende que el sujeto en quien primariamente reside, por derecho natural, la soberanía, es la misma sociedad perfecta, la nación. Conviene, sin embargo, confirmar y explicar mejor esta doctrina.

Antes que una multitud humana se una en cuerpo de comunidad civil, no se concibe que alguno de los individuos que la forman, o varios de ellos, sean soberanos; en tal hipótesis, no ha brotado aún la autoridad suprema que no tendría ni objeto ni sujeto.

Una vez constituída la sociedad política, ningún miembro, ninguna clase de la sociedad puede, por derecho natural, recabar para sí, ni presentar título suficiente, por el que se le deba conceder el ejercicio de la autoridad suprema. En este sentido, todos los hombres nacen iguales. Los títulos aducidos por algunos autores contrarios a nuestra opinión, como la autoridad paterna, la superioridad de las cualidades personales, el derecho de propiedad de un territorio, como veremos más tarde, son de naturaleza distinta y no implican en sí poder de jurisdicción, ni de mando; cumplen perfectamente su misión en su esfera y no se justifica su intromisión en el campo de la autoridad política. El talento, la virtud, la riqueza, la nobleza de la sangre, son condiciones individuales que nada añaden ni quitan a la nativa libertad e independencia política de los demás individuos.

La misma experiencia de los siglos, al mostrar la variedad de formas y de sujetos en los que, legítimamente, por voluntad de las sociedades, ha residido la autoridad suprema, confirma nuestra opinión.[2]

De donde se deduce que la democracia, en cierto sentido, es de derecho natural. Decimos en cierto sentido; porque, como lo hemos de ver más abajo, la naturaleza no impone a la sociedad el ejercicio de la soberanía en forma de democracia directa precisamente, aunque originariamente radique en ella.

De donde se desprende también que ningún Rey, "ningún monar-

---

1 *Leg.*, l. III, c. III, n. 4.

2 SUÁREZ: *Def.*, III, II-10 y *De Leg.*, III, IV-2. Véase p. e. VAREILLES-SOMMIÈRES: *Principes fondamentaux du droit*, XXXIX; J. LECLERCK: *Leçons de Droit naturel*, II. L'Etat ou la politique. 3.ª édition. Louvain, 1948), pp. 135 y ss.

ca, de ley ordinaria (es decir, fuera de los casos de intervención extraordinaria de Dios), tuvo jamás, ni tiene su potestad recibida inmediatamente de Dios o por institución positiva divina, sino por voluntad e institución de los hombres". "Nec posse aliter haberi, ut juste sit, si proxime aut remote a populo non manet".

Consecuencia lógica de la doctrina aceptada por nuestros autores clásicos y que Mariana la supone en los siguientes términos: "A mi modo de ver, puesto que el poder real (lo mismo puede decirse de cualquiera asamblea republicana), si es legítimo, ha sido creado por consentimiento de los ciudadanos, y sólo por este medio pudieron ser colocados los primeros hombres en la cumbre de los negocios públicos, ha de ser limitado desde un principio".[1] Y esta proposición es "*egregio axioma de la Teología*" (Suárez), porque bien entendido es la misma verdad y muy necesario para comprender los fines y los límites de la potestad civil.

Y, como si Suárez contestara en Jacobo I a Sánchez de Toca, que atribuye esta doctrina a Suárez y Belarmino (*Felipe IV y Sor María de Agreda,* Apend.), añade: "Este axioma no es nuevo, ni escogitado por Belarmino, a quien parece atribuirlo dicho Rey, sino que mucho antes lo enseñaron (y cita los pasajes) el Cardenal Cayetano, Castropalao, Dried, Vitoria, Soto, Molina; lo insinuó ya Santo Tomás, y en la actualidad lo sostienen Navarro y Covarrubias".[2]

---

1 *Del Rey y de la institución real,* c. VIII.

2 Al Sr. Sánchez de Toca, al refutar la opinión de Suárez se le va la pluma en expresiones poco adecuadas a su respetable personalidad. No contento con decir que la opinión se debe a Belarmino y Suárez, ataca de inconsecuentes a teólogos católicos por "las bruscas conversiones de frente" que, a imitación de los protestantes, efectuaron en el palanque doctrinal, combatiendo primero en defensa de los Principados, y sosteniendo después con mayor esfuerzo los derechos populares; asegura que si, después de Belarmino y Suárez, "una larga serie de hombres ilustres" vieron este problema de la misma manera, fué por "verdadera preocupación de doctrina"; y termina con la afirmación de que la doctrina que refuta ha quedado herida y anatematizada por Roma en la Encíclica *Diuturnum illud* del 29 de junio de 1881.

El Sr. Sánchez de Toca no recuerda que Suárez cita los autores que le precedieron en la exposición de su doctrina, que, por lo tanto, no es suya: cosa que no olvidó Cánovas del Castillo al calificar a Suárez y Belarmino: "copistas y secuaces de Domingo Soto" (Revista de España, l. IV, p. 566, nota y p. 547). "Las bruscas conversiones de frente" y lo de la "preocupación de doctrina", que tan poco honor hace a tan ilustres varones, valía la pena de que se probara al lanzarse la acusación.

La Encíclica de León XIII refuta la doctrina acatólica que niega que el poder venga de Dios, propugnando su origen puro y totalmente humano. La discusión sobre el modo con que procede de Dios esa autoridad queda intacta y libre entre los católicos.

Así lo indica el mismo León XIII en las palabras inmediatamente

Asentada la tesis fundamental de que es la sociedad el sujeto primario de la soberanía, es decir, el sujeto a quien, por ley natural, otorga Dios la autoridad política, se dividen los autores al apreciar algunos pormenores de aplicación y al determinar la forma y el alcance de la transmisión del poder de manos de la sociedad a los órganos que la ejercen.

¿Es que la autoridad que emana de Dios ha de residir previamente en la sociedad para ser luego transmitida a un órgano determinado? ¿O pueden, al mismo tiempo, constituirse la sociedad y la autoridad? Cuestión puramente especulativa y de escasa trascendencia práctica, puesto que, resuelta en uno u otro sentido, quedan intactas las líneas generales del sistema.

Algún mayor interés y trascendencia entraña el problema que se refiere a la obligación que pudiera tener o no la sociedad de transmitir su originario poder a órganos que la ejerzan. Opinaba S. Roberto Belarmino que la comunidad, como tal, está radicalmente incapacitada para ejercer por sí misma la autoridad; de ahí la obligación de transmitirla a órganos adecuados para su ejercicio. Otros, sin embargo, siguiendo al Dr. Eximio, niegan esa incapacidad radical y defienden que pudieran ofrecerse casos en que fuera posible y, por lo tanto lícito, el gobierno de la comunidad por la comunidad, v. gr. en pueblos de escasa población y de administración rudimentaria o sencilla.

Pero esto implica al problema de la alienabilidad de la soberanía y de sus consecuencias.

6. ¿Ha de ejercerla la misma sociedad? — Al decir que la autoridad suprema es como una propiedad inherente a la sociedad política, no queremos significar que debe residir en ella inalienablemente. Al contrario, afirmamos que la autoridad es alienable; es decir, que la misma nación tiene facultad, por justa causa y con su pleno consentimiento, de trasladar esa potestad para su ejercicio y bajo las condiciones que juzgue conveniente, a una entidad física o moral.

Como decía Soto, "congregada la república, de ninguna ma-

---

precedentes, en las que señala expresamente a los adversarios: "los que marchando sobre las huellas que en el pasado siglo se atribuyeron el nombre de filósofos, afirmaron que todo el poder viene del pueblo" y así lo sostienen los autores, en general, tanto los que siguen la misma opinión que Suárez como los que la combaten.

nera podría gobernarse, rechazar a los enemigos, reprimir la audacia de los malhechores, sin elegir magistrados a los que confiase su autoridad. De otra manera, la agrupación toda, sin orden ni cabeza, ni siquiera representaría un cuerpo, ni podría proveer lo que fuera conveniente. Y, por lo mismo, instruídas y aconsejadas por la Divinidad las naciones, algunas eligieron Cónsules anuales, otras establecieron otras formas de administración pública".[1]

Y la razón es que la autoridad civil no es una institución de carácter positivo que dependa en todo de la voluntad y arbitrio del instituyente. Es una propiedad hija de la naturaleza, y que se otorga a la sociedad perfecta para que la utilice en aquel modo y forma que más conveniente sea a la naturaleza racional, en cuanto alcanza a comprender la recta razón y la prudencia humana. Ahora bien: la recta razón dicta que la permanencia inmutable de la suprema potestad en todo el cuerpo político, ni es necesaria, ni es conveniente. Porque, en esa forma, sin alguna otra ulterior modificación o cambio, apenas puede usarse de ella. Por lo tanto, el autor de la naturaleza concede la suprema potestad en forma que admita las mudanzas que sean convenientes para el bien común.[2]

Más aún: añade que parece que la ley natural persuade que su ejercicio permanente y directo no permanezca inmutable en la nación. Pues originaríase confusión y lentitud infinita, si las leyes todas se hiciesen por sufragio de todos.[3] Y pudiera añadir que jamás existirían en la masa de la nación las condiciones adecuadas que exige el ejercicio de la soberanía.

Por lo mismo, puede trasladar la autoridad suprema a una persona (individual o colectiva, pocos o muchos) en la forma, límites y condiciones que juzgue más convenientes. "Porque hay en esto — añade Suárez[4] — una especie de convenio entre el Príncipe (la entidad a la que se transmite la autoridad) y la sociedad; y la facultad recibida no puede exceder de los límites marcados por la donación o el convenio. Cuáles sean estos límites, lo dirán los documentos escritos, cuando existan; y en otro caso, debe colegirse de la costumbre; porque, siendo ésta suficiente para dar la jurisdicción, lo será mucho más para determinar los límites de la misma."

---

1 DOMINGO SOTO: *De justitia et jure*, L. IV, art. 1.
2 SUÁREZ: *De legibus*, l. III, c. III, n. 6.
3 Ib., c. IV, n. 1.
4 Ib., c. IX, n. 2.

Por lo mismo, la voluntad social de transmitir el ejercicio de la soberanía a determinados órganos gobernantes, y las condiciones de la transmisión, no es menester que sean expresas, ni que revistan la forma de un contrato escrito o solemne. Basta que el consentimiento social (como lo ha sido muchas veces en la historia) sea implícito o tácito, que va envuelto en mil circunstancias o hechos históricos, en los que aparece o se presume el consentimiento de la sociedad a la acción gubernativa ejercida por ciertos órganos. Sin este asentimiento, aquella acción no es lícita, ni válida; es una mera usurpación de hecho.

Según esta doctrina, la sociedad que ha recibido la autoridad del Autor de la naturaleza, puede retenerla en sí para su ejercicio, desechando toda alienación (régimen democrático directo); o puede traspasar el ejercicio total de la misma a una persona física o moral (régimen absoluto); o puede traspasar el ejercicio de parte de la autoridad, reservándose otra parte, mayor o menor, que ha de constituir su intervención en los asuntos supremos del país (régimen limitado en sus variadísimas formas). Todas estas formas de concretarse la soberanía y que originariamente dependen de la voluntad soberana de la nación, pueden ser formas lícitas y legítimas, y serán más o menos convenientes, según las circunstancias y estado de cada nación. Es materia cuyo desarrollo corresponde a tratados ulteriores.[1]

7. La permanencia habitual de la soberanía. Equívocos e incomprensiones. — Suelen no pocos autores desfigurar la significación y el alcance de la doctrina que acabamos de exponer, sobre todo en el punto de la alienación total de la soberanía. Aférranse para ello al sentido estrictamente literal de frases que Suárez y sus contemporáneos usan, como cuando dicen que la alienación puede ser absoluta; que es una "perfecta donación de la soberanía", y que, a consecuencia de ella, el Príncipe puede usar de

---

1 Baste indicar aquí que nuestros autores clásicos se inclinaban a la Monarquía; pero, por punto general, rechazaban la alienación absoluta (régimen monárquico absoluto) como menos conveniente para el gobierno de los pueblos. Mariana, hasta duda si dicha alienación (total) pudiera ser lícita y válida; y, en todo caso, cree que siempre será desastrosa para el país y para el Monarca mismo.

Suárez, con su acostumbrada mesura y discreción, reclama para la sociedad, por regla ordinaria, alguna intervención en los asuntos de gobierno y en la elaboración y promulgación de las leyes. La medida de esta intervención la darían el juicio de los prudentes y las costumbres de los pueblos, o sea, el estado de la sociedad y las ideas dominantes. La retención absoluta de la soberanía y su ejercicio directo e inmediato la juzgaban moralmente imposible. De aquí la necesidad de alguna forma de representación y alienación.

ella como mejor le parezca. *Paul Janet,* en su *Historia de la Ciencia Política* (l. III, c. IV), a vueltas de grandes elogios tributados al sistema suareciano, afirma que la alienación absoluta de que (en el régimen absoluto) habla Suárez, contradice al principio establecido por el mismo Suárez, de la soberanía originaria; que de esa doctrina se desprende que la sociedad, de señora se ha convertido en esclava; que el pueblo, con ella, ha perdido sus libertades, sin que pueda recobrarlas; que el Príncipe posee la soberanía a título de propiedad, sin que pueda ser desposeído de ella.

Hay en todo ello manifiesto error. La alienación del ejercicio de la soberanía es siempre, y se entiende siempre, condicionada; y cuando se decía que la alienación era una "perfecta donación de la soberanía", que el Príncipe podía usar de ella como mejor le pluguiese, no deben entenderse esas frases en el sentido absoluto que tienen en Derecho privado, en la donación, por ejemplo, de un objeto o de un bien mueble. No hay que perder de vista, en este caso, la naturaleza de la cosa que se dice donada; es decir, la naturaleza de la autoridad, la cual está, por su esencia, destinada a procurar el bien de la sociedad.

Por consiguiente, la sociedad, en cuyo arbitrio no está cambiar la esencia de las cosas, no puede despojarse nunca del derecho que Dios le da al concederle la autoridad: el derecho de ser bien gobernada, y de poseer siempre los medios para conseguir que esté bien gobernada. Por lo tanto, la alienación es donación en cuanto la sociedad, al encomendar el ejercicio de la soberanía, que originariamente le corresponde, a una persona física o moral, renuncia a intervenir en aquel ejercicio (porque así lo cree más conveniente para el mejor régimen de sí misma); pero no es donación, en cuanto se quiera significar que la sociedad pierde, en absoluto y para siempre, el derecho a los fines propuestos por Dios con la autoridad; eso repugna a la naturaleza misma de la soberanía.

Por eso, aquellos autores, al afirmar que la soberanía era alienable, sostenían, al mismo tiempo, que la soberanía, radicalmente, *et in habitu,* persistía perpetuamente en la sociedad. Y esa permanencia radical no era una mera fórmula ineficaz. Se manifiesta en la facultad que tiene el pueblo de no someterse a las leyes del Príncipe, cuando al salirse éste de su misión, las promulga injustas; en la de deponerle del trono, cuando,

por seguir sus conveniencias, se torna en tirano; y en la de exigirle aquellas variaciones en el régimen público que, andando los tiempos, pide el bien de la sociedad. "Faltando a la justicia, cesa el oficio de Rey", decía Saavedra Fajardo, interpretando el común sentir de los de su tiempo.[1]

Molina expone y defiende briosamente esta permanencia habitual de la autoridad en la sociedad, al comentar y rechazar, en su *Disp. XII*, una opinión de Vitoria que sostiene que la autoridad regia es de derecho natural. Aducía el Profesor salmantino como argumento, que la potestad del Rey es la misma potestad que la sociedad recibe de Dios y luego traslada al Rey; como que, erigido un Rey, no quedan en la sociedad dos potestades, una la del Rey y otra de la nación.

Rechaza el Profesor conibricense estos argumentos, y dice que no es la misma autoridad que tiene el Rey la que tiene la nación, puesto que ésta, al transmitirla, puede comunicar mayor o menor autoridad. Además, erigido un Rey, cierto que no quedan en la nación dos autoridades, dispuestas ambas a dos a ejercer plena e inmediata jurisdicción. Porque, de cuanta potestad ha otorgado la nación al Rey, de tanta se ha privado aquélla para *su ejercicio inmediato*. Sin embargo, no puede negarse que en cierto sentido existen dos potestades: una la del Rey y otra como habitual (cuasi habitualem) en la república, impedida para su actuación en tanto perdure la regia y en el grado y forma en que se entregó la autoridad. Pero abolida aquella potestad (la regia), puede oponerse a la misma si algo injusto intentase contra la república traspasando los límites de la potestad concedida. Y naturalmente que puede siempre hacer uso de la potestad que se hubiera reservado.[2]

Es también manifiesto error proponer como secuela lógica de este sistema, la pérdida de las libertades populares. Está obligado el Príncipe a respetarlas, garantizando todas las manifestaciones legítimas de la libertad humana, excepción hecha de los derechos naturales estrictamente políticos (que son positivos, no naturales), que supongan la intervención directa en el ejercicio del poder, que repugna al régimen de la alienación no limitada. Pero esta intervención no es necesaria, ni parece impuesta por la naturaleza en sus leyes, y la misma sociedad, al optar por el régimen absoluto, las rechaza, o renuncia a ellas.

Tampoco existe ningún derecho intangible de propiedad en el Soberano. Hay, lo más, una especie de concesión usufructuaria en

---

1 *Empresa*, 22.
2 LUIS MOLINA: *De justitia et jure*, Trat. II. Disp. XXVI.

beneficio del pueblo y, por otra parte, muy limitada. La asimilación que algunos han pretendido establecer entre el derecho de propiedad y el ejercicio de la soberanía, no tiene ninguna conexión con el asiento del poder ni con su alienación. Concíbese dicha asimilación lo mismo que en el régimen más democrático. Mejor en éste que en aquél, como que la patrocinan los socialistas.

Lo más que pudiera objetarse, con razón, bajo este aspecto, a esta forma de concreción de la soberanía, es el peligro que entraña de no estar suficiente y positivamente garantizada en su ejercicio, pudiendo tornarse en daño de la sociedad política, dada la insuficiencia y malicia humanas. Así opinaba Mariana,[1] quien creía inevitable que tal gobierno se convirtiese en tiránico. Pero, a pesar de eso, la mayor parte de nuestros autores clásicos no la creyeron antijurídica; opinaron que, en algunas ocasiones, pudiera ser beneficiosa a la sociedad, a la que no debe privarse del derecho de escogerla y acomodarse a ella, cuando así lo crea conveniente.

La doctrina establecida en este capítulo, determinando el origen y asiento originarios de la soberanía, es de una trascendencia extraordinaria, tanto teórica como práctica, como lo significó Suárez calificándola de "*egregio axioma de Teología*". El principio de que la autoridad política no es un artificio creado por la voluntad humana, sino una institución natural y divina, grabada por Dios en las entrañas de la sociedad y para bien de ella, si, por una parte, es la clave para la resolución de los principales problemas del Derecho político, por otra, cierra el camino a toda clase de tiranías y contiene y refrena las rebeldías insensatas. Principio fecundísimo que no debieran perder de vista gobernantes y gobernados, puesto que con él se dignifican las relaciones necesarias entre ellos y quedan reducidos a sus justos límites los derechos y deberes de todos.

Muy a propósito escribe Orban sobre este punto:

"1. Esta verdad contiene a las autoridades en los límites de sus deberes, porque las obliga a considerar sus funciones como el cumplimiento de un mandato emanado, en definitiva, no de los hombres, sino del mismo Autor de la creación. El poder debe ser justo, debe ejercitarse en beneficio de los ciudadanos, porque los que ejercen autoridad sobre los demás, están investidos de ella sólo para asegurar el bien público.

"2. Esta verdad provoca, por otra parte, la obediencia y el respeto de los gobernados. *Non est potestas nisi a Deo,* dice san Pablo (Rom. XIII, 1 y 2) *quae autem sunt, a Deo ordinata sunt.* Y añade: Así es que el que resiste al poder, resiste a la ordenación de Dios. La resis-

---

1 *Del Rey y de la institución real,* c. VIII.

tencia ilegítima al poder establecido, la rebelión injustificada, son crímenes sociales. El principio, por lo tanto, asienta la base de toda la moral del ciudadano.

"La idea de que el poder fuera una creación del hombre, una emanación libre de las voluntades individuales, dejaría al hombre el poder de destruir lo que ha edificado; a las voluntades individuales el derecho de rehusar concurso, homenaje y obediencia a las autoridades establecidas para el bien de todos.

"3. Última consecuencia del principio: Es necesario abstenerse de combatir los poderes establecidos; es menester respetar aun su forma cuando, luchando para cambiarla, se corre el riesgo de hacer imposible todo gobierno y de lanzar la sociedad a la anarquía...".[1]

---

1 ORBAN: Op. cit., t. I, n. 127.

CAPÍTULO SÉPTIMO

SUMARIO: 1. Lo que es el Estado. Denominación y elementos del Estado. — 2. El Estado no es una mera ficción de la mente; presenta los caracteres de un organismo o persona moral. — 3. Tendencia moderna hacia la organización corporativa. — 4. La soberanía es nota esencial de la autoridad del Estado. — 5. Referencia al territorio. — 6. Teorías erróneas: El Estado ficción doctrinal. — 7. Teoría orgánica. — 8. Teoría del Estado hecho. — 9. El Estado es el soberano. — 10. El Estado según Kelsen.[1]

1. Lo que es el Estado. Denominación y elementos del Estado. — En capítulos anteriores hemos analizado algunos elementos y caracteres de las sociedades políticas, y hora es ya de que precisemos más su concepto y determinemos su naturaleza.

Las sociedades políticas, es decir, las agrupaciones humanas, unidas por lazos de la asociación perfecta y completa, que tratan de conseguir, en su seno, todos los fines humanos sin excluir ninguno, y que están regidas por un poder soberano e independiente, han recibido distintos nombres. Según las ideas dominantes y aun las formas de Gobierno, se han llamado pueblos, reinos, repúblicas, naciones, y el uso que, más o menos caprichosamente, baraja los distintos nombres, ha hecho, por fin, prevalecer, en la técnica moderna, el nombre de Estado.[2]

---

1 SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho Político* (3.ª edición). Introducción. (Granada, 1947); SUÁREZ: *De legibus*, III, c. II, n. 4; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit politique*, p. 101 (Sirey-París, 1949); J. AZPIAZU: *El Estado corporativo*. "Razón y Fe": Fundamentos de Sociología económico-cristiana (Barquillo, 9, Madrid, 1949); LABAND: *Droit public de l'Empire Allemand*, t. II, c. II-8 (Trad. francesa-Guiard); VAREILLES-SOMMIÈRES: *Principes fondamentaux de Droit*, XXV. *Les personnes morales*, 2.ª parte, c. I; GUMPLOWICZ: *Derecho político filosófico*, c. V; J. CHEVALIER: *Les grands oeuvres politiques*, p. 70 (Colin-París, 1949); KELSEN: *Teoría general del Estado*, p. 17 (Trad. Legaz Lacambra; ÍDEM: *Compendio esquemático de una teoría general del Estado*. (Trad. española de L. Recasens y J. Azcárate). Barcelona, 1927; CORTS GRAU: *Filosofía del Derecho. Introducción Gnoseológica. La escuela de Viena*, pp. 166 y ss. (1941).

2 Recuérdese lo que, al final del capítulo 1.º indicamos sobre el distinto significado que se da a los vocablos Estado, nación, pueblo, población.

A juicio de Jellinek, fué Maquiavelo quien, en su libro "*Il Principe*", usó el primero de la palabra Estado en esta significación. Es lo cierto que, desde el siglo XVI, ha pasado al uso corriente entre tratadistas y escritores y en el lenguaje común. Traducción de la palabra latina *Status*, viene de *stare:* estar de pie; y, en su significación originaria, indica el modo de ser actual en que está una cosa. Así se habla del estado atmosférico, del sanitario, económico, etc...

Bien pronto se aplicó la palabra a conceptos y situaciones jurídicas, y entre los romanos expresó la condición social y jurídica de una persona: el estado de libertad, de ciudadanía, de esclavitud, etc.

En la baja latinidad y lenguas romances comenzó a significar orden y jerarquía social, como cuando se habla de los tres estados: del estado llano, secular... Y, finalmente, desde fines de la Edad Media, denota ya dominios o reinos, en el sentido que vimos la empleó Maquiavelo, "como sociedad perfecta e independiente".

Podemos, por consiguiente, aplicar con propiedad el nombre de Estado a "la sociedad política organizada bajo un poder supremo e independiente", de que hemos tratado en capítulos anteriores.

Oportunamente recuerda el señor Sánchez Agesta[1] el dicho de Platón: "si evitas el preocuparte mucho de la cuestión de nombres, serás mucho más rico en sabiduría". Aduce estas palabras, al entrar a tratar del Estado o, más bien, al investigar el significado del vocablo Estado.

Por de pronto es evidente el uso general, en la actualidad, de esa palabra para significar la unidad política independiente: lo mismo en la literatura política italiana que en la francesa, en la alemana y en la anglosajona. Pero es también evidente que las unidades políticas han recibido, a través de los tiempos, denominaciones diversas (reinos, principados, repúblicas) y que en cada época han revestido caracteres diversos hasta llegar a constituir, en progresión constante, un tipo cada vez más perfecto. Así se habla corrientemente del Estado moderno, del Estado medieval y del renacimiento. El hacer la historia de esa evolución semántica y aun del movimiento ideológico que lleva consigo, cuadra mejor en una historia de las ideas políticas, que no en un Tratado elemental de Derecho político, como el nuestro.

Por lo mismo, nos parece mejor seguir el consejo de Platón: no dar demasiada importancia a la cuestión de nombres.[2]

---

1 Op. cit., introducción, c. IV.

2 Pueden consultarse: ADOLFO POSADA: *Tratado de Derecho Político*, t. 1.º, parte 1.ª, l. 1.º, c. I; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual del Derecho Político*, l. 1.º, c. II; SÁNCHEZ AGESTA: *Lec. de Derecho Político*, Introducción, c. IV.

Son infinitas las definiciones que se han dado del Estado. Al catalogarlas, Sánchez Agesta las agrupa en tres secciones: definiciones *Deontológicas, Sociológicas* y *Jurídicas*. Casi todas, dentro de un marco general de caracteres comunes, hacen resaltar una nota específica peculiar, que las distribuye en una de las secciones antedichas.

Las *Deontológicas* destacan la finalidad para la que se forma la comunidad política; porque el fin es parte de la esencia de todo ser. En este caso, la realización *del bien común*. Desde Aristóteles, pasando por Santo Tomás y la escolástica, ostentan este matiz finalista gran número de definiciones: "Régimen que adopta una nación, mediante una centralización jurídica y política, que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de la res pública, como conjunto de medios que ponen en común para realizar el bien común". (Hauriou).

Las *Sociológicas* ponen de relieve la nota social; el Estado es una agrupación social dotada de poder. Así, "el Estado es la unidad de la asociación, dirá Jellinek, compuesta de hombres sedentarios y dotada originariamente del poder de dominación".[1]

Las definiciones *jurídicas* consideran el Estado como unidad autónoma de un orden jurídico. Para Kelsen, el Estado no es más que la unidad de un orden jurídico, en cuanto constituye un sistema que descansa en una norma hipotética fundamental.[2]

Ese Estado es una *asociación humana natural* en cuanto se funda en una inclinación espontánea invencible del hombre, alimentada en sus necesidades y conveniencias propias; es una asociación completa, como formada, no para conseguir un fin privativo y determinado de la vida, sino los fines humanos en general; sociedad *perfecta* que, en sí misma, cuenta con los medios suficientes para el logro de sus fines. Concebida y aceptada en su realidad, por consentimiento de todos sus miembros (porque es unión natural y libre al mismo tiempo), síguese la mutua cooperación de esfuerzos para el logro de la aspiración común, y, para mantener y regir, al mismo tiempo, esa cooperación común, brota en ella, con la fuerza de una ley natural, la autoridad, que, en nuestro caso, como hemos de ver, es suprema e independiente.

---

1 Op. cit., t. I, l. II, c. IV.
2 *Teoría general del Estado*, l. I, c. I 5.

Ahora bien: ofrécense como elementos esenciales del Estado, ante todo, los miembros que la forman, no disgregados atómicamente en individuos aislados, sino organizados en agrupaciones inferiores, como la familia, el municipio, las profesiones, etcétera; y el vínculo social de la mutua cooperación, unión moral sancionada por el derecho que reúne, dirige, unifica — encaminándolas a su fin — actividades ya morales ya físicas, puestas al servicio de aquéllas, unión que engendra obligaciones y otorga derechos y ventajas.

De estos dos elementos esenciales del Estado, como atributo natural y condición de vida, brota la autoridad, a lo que debe añadirse un territorio, por regla general fijo, como elemento necesario en el que el Estado desarrolle su actividad y cumpla su destino.

El Estado, por lo tanto, tal como lo hemos descrito en sus elementos, abarca tanto los gobernantes como los gobernados. Los que sólo se fijan en uno solo de esos elementos, ofrecen una visión imperfecta del objeto.[1]

2. El Estado no es una mera ficción de la mente; presenta los caracteres de un organismo o persona moral. — Es evidente que son personas físicas individuales las que constituyen el Estado, personas físicas que existen, en toda su integridad, aun prescindiendo de la entidad Estado. Pero también es evidente que de la mera existencia de esos individuos no se forma el Estado; es menester añadir alguna realidad que no está a merced de los juristas, ni de la voluntad de los legisladores. Y esa realidad es la unión y mutua cooperación de tales individuos para conseguir los fines propios de la sociedad política.

En esa unión de individuos existe una cooperación mutua y real de voluntades; un fin que sirve de norma a esa cooperación y una autoridad con todos sus atributos y funciones, realidades todas que la mera existencia de los individuos no lleva consigo.

Ese conjunto de individuos, además, es origen y sujeto de

---

1 El que los gobernantes lleven, de ordinario, la representación de todo el Estado, ha dado ocasión a la división del Estado en oficial (stricto sensu), y no oficial (sensu lato). Con el nombre de Estado oficial se designa la entidad en que encarna la autoridad a lo que, vulgarmente, se denomina Gobierno.

facultades y derechos propios y característicos de la unión, que con ella nacen y mueren y en nombre de ella se ejercitan. Es también raíz y sujeto de obligaciones peculiares, de prestaciones personales y de cargas económicas.

Todo ese conjunto de elementos que, a base de los individuos físicos, se forma con la unión cooperativa de ellos para la consecución de fines propios, regido por autoridad propia, y sujeto de derechos y obligaciones, forma la realidad del Estado, que la doctrina de los jurisconsultos no finge, sino estudia; y la voluntad de la ley no crea, sino regula.

Esa realidad ofrece las notas de un organismo de carácter moral y de persona.

De un organismo, porque en ella puede apreciarse variedad de elementos que le constituyen y funciones diversas, unificadas por una sola dirección, que las reduce a la formación de un ser y de una vida.

De un organismo de carácter moral, porque, como es evidente y lo hemos de ver más adelante, carece de miembros físicos, que, enlazados entre sí, con enlace material formen una unidad física de vida y organización; siendo, por lo mismo, incapaz de aquellas relaciones jurídicas que, como las familiares, tienen su fundamento en el cuerpo.

De personas, puesto que ese organismo moral, "ese cuerpo místico, que moralmente puede decirse uno", como dice Suárez,[1] es sujeto de derechos y de obligaciones propias y, ostentando su personalidad perfecta y definida, puede, con derecho, reclamar de las demás personas su reconocimiento y respeto.

El Estado como empresa. — Entre los diferentes grupos humanos, el Estado, escriben algunos autores franceses, se caracteriza por el hecho de que sus dirigentes detentan el monopolio de la fuerza armada, de la coacción organizada. Como que el Estado se disuelve en el momento en que existan otros grupos que mantengan fuerzas propias.

Pero este monopolio de la fuerza armada no es suficiente para caracterizar al Estado; tan sólo indica que existe un poder de hecho. Y la creencia social supone que el Estado retiene ese monopolio de la fuerza precisamente porque posee también el

1 *De Leg.*, l. III, c. II, n. 44.

derecho de mandar; es decir, un poder de derecho. Los gobernantes que retienen en sus manos el monopolio de la fuerza, pasan; pero el Estado, en cuyo nombre mandan, no pasa.

A esta idea viene a dar aspecto jurídico la teoría francesa patrocinada principalmente por el Prof. Hauriou, que considera al Estado como una empresa, en la que toman parte todos los que integran la nación, al unir sus esfuerzos para conseguir todos los fines nacionales, y cuya dirección encomiendan a personas de su confianza. Así nace la personalidad moral del Estado y, como le place al decano Hauriou, la institución del Estado, con su finalidad propia, con sus medios de vida y desarrollo, y su dirección encomendada a los gobernantes.

En efecto, cabe perfectamente considerar al Estado como una Empresa o una Institución. "El poder se *instituye,* afirma Vedel,[1] cuando los gobernantes conciben la realización de una *empresa* que supera, transciende su persona y su estricto interés personal, y provocan el asentimiento y adhesión de los gobernados para esa empresa."

Pero esa concepción del Estado que, en Francia y algunos sectores españoles ha tenido benévola acogida, no aporta ninguna novedad de fondo a la ciencia política. Es tan sólo una terminología nueva, una metáfora para designar a lo que antes se decía una persona moral con los caracteres que generalmente se le asignaban.

Ya hace tiempo que Dicey, comentando la forma de Gobierno de Suiza, la comparaba a una Empresa, a una gran Sociedad por acciones cuyo Consejo de administración — el Consejo federal o Ministerio — dirigía, con la confianza de los accionistas, el asunto de la Empresa Nacional.

3. Tendencia moderna hacia la organización corporativa. — Ya en capítulos anteriores indicamos la tendencia moderna a organizaciones de tipo corporativo que preludian los Estados del mismo nombre. Es decir, a aquella forma de organización social que tiene por base la agrupación de hombres según sus intereses naturales y sus funciones sociales, y por coronamiento necesario la representación pública y distinta de esos diferentes organismos.[2]

---

1 G. VEDEL: Op cit., p. 101.
2 Unión de Friburgo. Ses., 1884.

Como decíamos en páginas anteriores (Cap. III, n.º 4), la historia ha sido la continuada manifestación del carácter orgánico de la sociedad; porque, en todos tiempos, el hombre ha corrido a encuadrarse en agrupaciones de una u otra índole, con unas u otras características. Precisamente, el estudio de esas agrupaciones y el análisis de sus características ha sido trabajo al que han dedicado su atención no pocos autores. Estamentos, partidos políticos, brazos, gremios, clases profesionales, etc., a las que han servido de eje o el origen étnico, o la propiedad y riqueza, o el poder o el valor, han ido transformando la estructura social de los pueblos, que, por instinto y ley de naturaleza, nunca han dejado de agruparse en formaciones de muy diversa índole.

Pero cayó el artesanado medieval y cayeron los gremios con la revolución francesa, y los vientos de la destrucción que soplaron por todo el mundo civilizado, pasaron también por España haciéndose sentir en libros como "El libre comercio de las artes" de Jovellanos y en varias RR.OO. que iban concediendo la libertad de trabajo para quienes no estuvieran incorporados.

La reacción moderna corporativa ha sido muy viva y universal y variada, según los diferentes países. Y si bien comenzó en la esfera económica del trabajo, industrial y agrícola, tiende a extenderse a toda clase de profesiones.

La corriente corporativista, en su formación y desarrollo, sigue principalmente dos direcciones: 1) el de la libertad de asociación, dentro del derecho común legal, que permite a los individuos el sindicarse o no sindicarse, sindicarse en un organismo u otro; 2) el de la sindicación obligatoria, impuesta por la ley, en secciones y formas fijas que la misma ley señala.

La sociedad así organizada por grupos de profesiones y corporaciones tiende a influir en todos los órdenes de la vida. Porque las agrupaciones profesionales van adquiriendo el carácter y derechos de personas de derecho público, y hacen sentir, cada vez más, su presencia y sus derechos en el terreno político. Fórmanse partidos políticos a base de sindicatos y corporaciones o participan éstos como tales, en la formación y actividad de los órganos soberanos, sobre todo de los parlamentos.[1]

---

1 JOAQUÍN AZPIAZU: *El Estado corporativo*, y *La política corporativa* (Ed. Razón y Fe, Madrid); ÍDEM: *Fundamentos de Sociología Económico-*

4. La soberanía es nota esencial de la autoridad del Estado. — Decíamos que la autoridad era atributo natural del Estado, y añadíamos que esa autoridad es de por sí soberana e independiente; es decir, que, en su orden, no tiene otra potestad superior a la que tuviera que someter sus actos y su vida. Sin embargo, en estos últimos tiempos, no faltan quienes niegan que la soberanía sea nota característica de la autoridad del Estado, y sostienen, por consiguiente, la existencia de Estados no soberanos. Esta teoría la mantienen especialmente algunos autores alemanes, y Jellinek asegura que fué Meyer quien (1872) la aceptó por primera vez, aplicándola a los Estados federales.[1]

Para Jellinek, "toda comunidad humana que puede ejercer un poder de dominación, en una esfera que le es propia, y en virtud de un poder originario (i. e., que depende exclusivamente de su voluntad), y por medios coercitivos también propios y originarios, esa comunidad es Estado.[2]

"Lo propio y esencial del Estado, dice Laband, es que posea un dominium político-jurídico, en virtud de un derecho propio, no por transmisión o por órganos de los que se sirve una potencia superior, para cumplir sus obligaciones y ejecutar su voluntad, sino como sujetos de derecho que se mueven con independencia en una esfera jurídica propia, con toda libertad de voluntad y acción. Por lo tanto, la idea de Estado no pugna con la idea de subordinación".[3]

Como se ve, es cuestión de mero nombre y, por lo tanto, vana.

El mismo Jellinek, al señalar concretamente el autor y la fecha en que por primera vez se admitió que la soberanía no era nota característica del Estado, indica claramente que, hasta esa fecha, todo el mundo entendía por Estado la asociación política independiente y soberana. La formación y el estudio de los Estados federales, en los que los miembros que los forman conservan parte (grande o pequeña) de su autonomía, ha dado lugar al problema y a la discusión. Pero la resolución del mismo no debía ofrecer duda de ninguna clase, ateniéndonos al concepto genuino y admitido de Estado; sencillamente esos

---

cristiana. Ed. bibliográfica española. Barquillo, 9, Madrid, 1949; MARTÍN BRUGAROLA: *Régimen sindical cristiano.* Madrid, 1948. S.I.P.S. D.N.S.

1 T. II, l. III, c. 21-5. Puede verse en LABAND la enumeración de los autores alemanes que sostienen la misma idea: *Derecho público alemán,* t. I, c. II, 8. V. J. DAVIN: Op. cit., n. 73 y 4.

2 Loc. cit., l. III, c. XIV.

3 LABAND: loc. cit.

miembros de que se forma el Estado federal, al formarlo, pierden, por lo mismo, el carácter genuino de Estado. Es, pues, cuestión de cierto amor propio el empeño en conservar el nombre y el título, aunque se haya perdido su contenido.

5. Referencia al territorio. — El territorio no es el elemento esencial, ni siquiera atributo natural del Estado; propiamente, es un elemento extraño al ser del Estado, aunque necesario a su vida y desarrollo. Nos remitimos en este punto a lo que ya dejamos dicho en el capítulo IV. Allí distinguimos el concepto de lo necesario y lo esencial, y afirmamos que el territorio, aunque elemento indispensable para la vida del Estado, no es parte constitutiva de su concepto. De donde se deducía la falsedad de la teoría del Estado-sujeto.

Indicamos también la relación que unía el Estado con el territorio, relación de dominio eminente e indirecto, en la forma expuesta, en pugna, por lo mismo, con la idea del territorio-objeto y del Estado llamado patrimonial.

6. Teorías erróneas. El Estado, ficción doctrinal. — Esta teoría sobre la naturaleza del Estado es una aplicación práctica de la doctrina general, que afirma que las personas morales no son más que personas que finge la mente humana que existen, pero que carecen de realidad verdadera. He aquí cómo expone esta teoría su decidido defensor, el Conde de Vareilles-Sommières.[1]

"La persona llamada moral es una persona ficticia, de origen puramente doctrinal, y que solamente para las necesidades del pensamiento y del lenguaje se supone que es titular de derechos y obligaciones que, en realidad, pertenecen a personas verdaderas."

"La persona moral es una persona ficticia, es decir, imaginaria, sin ninguna realidad, sin ninguna objetividad. No existe más que en la imaginación de los hombres, quienes, si son reflexivos, saben perfectamente que no existe más que allí. Su imaginación engendra ese personaje por orden y autorización de su voluntad."

---

1 *Les personnes morales.* Dme. partie, c. I; J. DAVIN: *Doctrina general del Estado,* nn. 63 y ss.

"Esa ficción es puramente doctrinal; los jurisconsultos, y quizá antes que ellos el vulgo, son los que la crean, para simplificar el concepto y expresar una situación. El legislador tampoco ignora la ficción usual y él mismo la utiliza en su pensamiento y en su lenguaje. Pero, no siendo el autor de la ficción, no puede ni prescribir ni proscribir su empleo."

"Esta persona, siendo como es puramente imaginaria, no puede tener ningún derecho ni obligación. Tan sólo puede suponerse que los tiene. Y la imaginación, ciertamente, puede fingir y de hecho finge."

"Los derechos y obligaciones que se supone que tiene la persona moral, no son, sin embargo, derechos imaginarios como ella, la persona: son derechos y obligaciones concretos, verdaderos derechos de propiedad sobre cosas materiales determinadas, créditos que existen contra deudores que existen, deudas ciertas en favor de acreedores palpables. Tales derechos y obligaciones verdaderos, que ficticiamente se atribuyen a la persona moral, en realidad pertenecen a personas verdaderas, porque sólo personas verdaderas pueden tener derechos y obligaciones."

"El espíritu humano está dotado del poder de condensar y simplificar sus percepciones por la abstracción, síntesis, hipótesis. Gracias a esta aptitud natural, sustituye toda situación real complicada con un estado de cosas artificiales más sencillo."

Por esta teoría se atribuye sólo al poder de abstracción y de síntesis del espíritu humano, la formación de la entidad Estado. Fuera de esta construcción mental, puramente artificial y solamente creada para las necesidades del pensamiento y del lenguaje, no existe objetividad, ni realidad ninguna. Como consecuencia, los derechos y obligaciones que se dicen ser de la entidad-Estado, realmente son de individuos concretos.

Ahora bien: es evidente que existe en la mente humana el poder de abstracción y de síntesis, de que se sirve, no sólo para sustituir situaciones reales por una ficción, sino para reflejar y reproducir mentalmente objetividades reales, físicas y morales. De modo que, en cierto sentido, esa ficción existe siempre, aun cuando se trate de objetividad y realidades físicas.

Lo que no vemos es que a esas abstracciones, síntesis, cuando se refieren al Estado, no corresponda nada en realidad, fuera de los individuos y personas físicas. Eso, según vimos en páginas anteriores, creemos que es falso. Además de los individuos físicos, existen varias realidades morales: hay unión y cooperación de fuerzas; hay fines, derechos, obligaciones, autoridades

sociales, que si bien necesitan de individuos físicos para su existencia y para su ejercicio, son un conjunto de realidades que no pueden confundirse con ellos.

Es verdad que, en el Estado, son personas físicas las que gozan de los derechos y cumplen las obligaciones. Así es y así debe ser. Puesto que esas personas no son ajenas a la entidad Estado, son sus miembros, por cuya unión, cooperación y esfuerzos, y en cuyo beneficio, se forma, existe y se desarrolla el Estado; tiene y ejerce derechos y contrae obligaciones. Ello prueba que los individuos son elemento esencial del Estado. Pero también, como dice Meyer,[1] que "la sociedad (política) en cuanto persona moral, no sólo es distinta de las personas particulares de que se compone, sino que también está provista de una actividad vital propia, que no puede confundirse con la actividad de los individuos que en aquella sociedad viven. De donde se desprende que el cuerpo social, una vez constituído, puede considerarse como verdadera persona moral y, por su naturaleza, se constituye en sujeto peculiar, distinto de todo otro, no sólo de acciones morales, sino de obligaciones y derechos".

7. Teoría orgánica.[2] — La teoría orgánica afirma que el Estado es un ser viviente, un organismo que ha encontrado ya, en los tiempos modernos, su puesto en los manuales de Zoología.[3]

No es que sea nuevo en la ciencia política el empleo de la palabra y concepto de organismo, refiriéndolos al Estado. La emplearon en este sentido filósofos y poetas en Grecia y en Roma, y el P. Suárez decía que "la república humana, la sociedad humana es a modo de un cuerpo humano".[4] Pero en la época moderna se ha pasado de las metáforas y analogías a la igualdad, y de una realidad que, por la variedad de elementos y fundamentos de que está formada y por la unidad moral que la regula, presenta los caracteres de una entidad moral y orgánica, a un organismo natural y físico que debe figurar entre las demás especies animales y que esencialmente no se diferencia de ellas. Los principales representantes de esta doctrina son Herbert-Spencer, A. Fouillée, Schäffle, Bluntschli y otros.

El Estado, es, según estos autores, un animal inmenso, pro-

---

1 *Institutiones juris naturalis*, t. I, n. 349

2 Véase VAREILLES-SOMMIÈRES: *Les principes fondamentaux de Droit*, c. XXV.

3 JOEGER: *Manuel de Zoologie*. Trad. por M. Guiard.

4 *Def.*, l. III, c. I, n. 5.

visto, como los demás, de varios miembros-órganos, de varias facultades. No hay por qué asombrarse de que las partes de que se compone sean seres libres, independientes, separados entre sí y con facultades para defenderse del organismo al que pertenecen, e ir a vivir a otros, o vivir aislados. Al fin, todo animal no es sino una sociedad de organismos menores, de células que tienen su vida propia y que concurren, consciente o inconscientemente, a la vida del conjunto. Además, entre las células de un organismo existe la sustancia intercelular, y se discute si hay distancia entre los átomos, y no faltan químicos que se ocupan de medirla. La sustancia intercelular que pone en relación a los átomos sociales (a los hombres), son los animales domésticos, las plantas, edificios, caminos, vías, telégrafos, prensa, etc.

La descripción atómica que los cultivadores de esta doctrina hacen del organismo social, es variadísima.[1] Spencer, por ejemplo, distingue y analiza escrupulosamente en una serie de capítulos[2] el aparato productor o digestivo, el distribuidor o vascular, el regulador o neuromotor. Las diversas clases de la sociedad forman esas distintas tramas del organismo y, entre ellas, se reparten sus funciones. Así los agricultores e industriales hace de tubo digestivo que prepara, recibe, tritura y transforma el material nutritivo; los comerciantes son los distribuidores y partidores que llevan el alimento a los últimos rincones del animal, como las arterias, venas y sus diminutas ramificaciones, y los gobernantes son los nervios motores que ponen en actividad todos los miembros y los dirigen y relacionan entre sí.

Para Fouillée,[3] los cerebros de todos los ciudadanos de la nación forman la masa nerviosa de dicha nación; las familias, los ganglios; las ciudades, las vértebras; la capital, el cerebro que, al cabo, no es más que una vértebra más desarrollada, y que ha logrado dominar; y los sabios, los pensadores, son las células perfeccionadas del cerebro....[4]

Por lo demás, el Estado organismo carece o no de espíritu, según las ideas de los patrocinadores de la teoría. Para Bluntschli, tiene alma, entendimiento, voluntad y hasta sexo. Pero la mayor parte de sus defensores son materialistas y evolucionistas, y si alguna vez ha-

---

1 Véase SANTA MARÍA DE PAREDES: *El concepto de organismo social.* Madrid, 1896.

2 Véase la segunda parte de sus *Principios de Biología.* Las inducciones de la sociología.

3 *La sciencie sociale contemporaine,* l. II, p. 108. Ed. 1885. París.

4 También es curiosa la descripción que traza SCHÄFFLE en su *Estructura y vida del cuerpo social.*

blan de inteligencia, voluntad, conciencia, deben entenderse esas voces en sentido netamente positivista, de suerte que se trate de un producto natural de la materia, que, evolucionando, pasa por diversos grados de actividad instintiva, sensitiva, volitiva..., pero sin que entre esas esferas exista distinción esencial y sin salir nunca de la materia.

CRÍTICA. — Las razones que sus defensores aducen para defender este sistema, denuncian ya su futilidad. Todas se reducen a una serie de analogías que existen entre la sociedad civil y un organismo. En el trabajo de rebuscar y catalogar sistemáticamente estas analogías, sobresale H. Spencer en su obra ya citada. Pero cuánto pesaban en el ánimo de Spencer tales analogías, dedúcese de éstas sus palabras en el capítulo titulado "Reservas y resumen", y que oportunamente reproduce Vareilles-Sommières (l. c.): "No existe analogía entre el cuerpo político y el cuerpo viviente, salvo aquella que requiere la mutua dependencia de las partes que ofrecen estos dos cuerpos. El organismo social es discreto (disgregado), en vez de ser compacto; asimétrico, en vez de ser simétrico; sensible en todas sus unidades, en vez de tener un centro sensible único; no es comparable a ningún tipo particular de organismo individual, animal o vegetal. Yo me he servido de analogías rebuscadas penosamente, pero tan sólo como de un andamiaje que me era útil para edificar un cuerpo coherente de inducciones sociológicas."

De aquí que el vicio fundamental de esta teoría está en la exageración de ciertas analogías que existen entre el organismo humano y la sociedad, y en el olvido de profundas y radicales diferencias que los separan. Por eso, lo que pudiera dar lugar a útiles y gráficas metáforas, para la más clara comprensión de ideas metafísicas y morales, se convierte en una teoría errónea y falsa. Aunque realidades existentes, difieren radicalmente los elementos que vienen a constituir el organismo viviente y los que forman la entidad moral, que es el Estado, que son seres independientes, completos, racionales. El lazo que los reúne en una unidad, no es menos diverso: material, necesario y de adherencia física en un caso, y fundado en el otro en la voluntad libre y la inteligencia, y compatible con la separación física; de donde resulta que el ser constituído en ambos casos es diverso. De aquí el que sean, no sólo diversas, sino opuestas las leyes que rigen la vida de un ser orgánico viviente, y las que rigen las transformaciones, aparición y muerte y resurgimiento de los Estados. Y se

requiere una gran imaginación para asemejar seres tan diversos por su naturaleza.[1]

Además, en esta teoría, como en todas aquellas en que la dirección primordial y decisiva de la actividad social se entrega en manos de las fuerzas necesarias y fatales de la naturaleza sensible y material, sería imposible establecer ni legitimar la defensa contra la tiranía de los de arriba y las violencias de los de abajo: serían modificaciones naturales del organismo del Estado. A este punto de vista corresponde la oportuna observación de Menger,[2] cuando, al exponer su opinión, dice: "En todo organismo natural superior, la naturaleza asigna invariablemente a los diferentes órganos una función determinada; jamás la mano podrá sustituir al cerebro para pensar, ni la pierna arrebatar al estómago la agradable función de la digestión. Así se concibe fácilmente que los hombres de las clases cultivadas y ricas, que desempeñan en la sociedad el papel tan ventajoso del cerebro, sientan siempre inclinación a recomendar a sus conciudadanos la teoría organicista del derecho y del Estado".[3]

8. Teoría del Estado hecho. — Tiene dos ilustres representantes en Gumplowicz y en Duguit.

GUMPLOWICZ[4] describe así al Estado: "Dominadores, por un lado, dominados, por otro; directores y dirigidos: tales son las eternas, las imprescindibles e inmutables notas distintivas de los Estados. No ha habido ni hay ningún Estado en que no haya existido esta antítesis... Estas notas son inseparables; por eso las vemos siempre profundamente impresas en toda comunidad política, sea despótica, sea democrática, sea republicana, sea pasada, sea presente, y bien podemos decir lo mismo de las futuras."

De manera semejante, DUGUIT afirma que el Estado no es más que una agrupación humana, en la que los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles, y cuyos individuos están unidos entre sí por los lazos de una interdependencia social: todo lo demás es pura ficción y fantasía, a la que no responde realidad alguna. Los hombres, continúa Duguit, están unidos los unos a los otros por los lazos de la solidaridad e interdependencia social. Y si bien esos lazos de unión se extienden a todo

1 Véase amplificado este raciocinio en VAREILLES. XXV, n. 10, y KELSEN: *Teoría general del Estado*, l. I, c. 1, 3-D.

2 *L'Etat socialiste*, l. I, c. V.

3 Véase supra., c. IV Geopolítica.

4 GUMPLOWICZ: Op. cit., c. V.

la humanidad, aún son esos muy inciertos y flojos y puede decirse que, actualmente, dividida la raza humana en grupos más o menos extensos, los hombres no se sienten sujetos con lazos de la solidaridad más que con los individuos de su grupo.

Esos grupos han revestido diversas formas: horda, familia, ciudad, nación... Pero, en todos los grupos sociales, por variados que sean, la interdependencia se reduce a dos elementos esenciales e irreductibles. Porque los individuos de un grupo social dependen los unos de los otros: 1) Porque tienen necesidades comunes a las que no pueden satisfacer sino con la vida común; 2) y porque tienen aptitudes y necesidades diferentes con cuyo desarrollo y empleo y cambio recíproco de servicios, aseguran la satisfacción de sus diversas necesidades. Es decir, solidaridad por semejanzas y solidaridad por división de trabajo.

Esa solidaridad social es el fundamento del derecho. Porque viviendo, y no pudiendo menos de vivir, el hombre en sociedad y subsistiendo la sociedad por la interdependencia social, aparece la necesidad de una regla de conducta que, por la fuerza misma de las cosas, se imponga al orden social. Esa regla puede formularse así: no hacer nada que quebrante la solidaridad social bajo cualquiera de las dos formas, y hacer todo lo que tienda a realizar o desenvolver la solidaridad social, mecánica y orgánica. Ahora bien, nace el Estado, en cualquiera de esas agrupaciones humanas, en el momento en que se opera en ellas una diferenciación entre gobernantes y gobernados, es decir, usando la expresión corriente, cuando aparece la autoridad política. Pero esa diferenciación, esa autoridad política, tampoco es más que un hecho, que en sí no es legítimo, ni ilegítimo; un hecho que consiste en que, en ese grupo, los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles.

Algo dijimos de la teoría de Duguit cuando tratamos de la autoridad y expusimos lo que de ella opinaba el erudito profesor de Burdeos. Lo que entonces escribimos, tiene aquí perfecta aplicación. Decir que el Estado no es más que un hecho en el que no hay nada de legítimo ni de ilegítimo, es cerrar la puerta a toda consideración científica. No se trata, en Derecho político, ni en ninguna ciencia, sólo de proponer hechos; eso, registrar meramente hechos, lo puede hacer cualquier aparato bien montado; se intenta dar alguna explicación de ellos. Pero el señor Duguit no puede encontrar explicación. Porque, al rechazar todo principio metafísico, renuncia a todo discurso y razonamiento que ni siquiera se conciben sin principios metafísicos. La interdependencia social, consecuencia de las necesidades comunes y aptitudes diferentes, es también otro hecho evidente, pero que exige

una explicación sobre su naturaleza, si se quieren deducir de él consecuencias jurídicas, como las deduce Duguit cuando afirma que hay *obligación* de no infringir esa interdependencia social.[1]

9. El Estado es el soberano. — Confunden otros el Estado con el gobernante, persona individual o colectiva en quien encarna el poder, llegando a esta conclusión por caminos muy diferentes. Conviene, sin embargo, advertir que, en los autores que así se expresan, se mezcla la idea de soberanía con la del Estado, y sus consideraciones no se limitan al concepto de éste.

En Hobbes, por ejemplo, en virtud del contrato que establece como base del Estado, todo el poder y todo el derecho público pasan a manos del Príncipe (individuo o asamblea gobernante), que es, por lo mismo, la personificación visible del Estado y el Estado mismo; la masa de la sociedad no es más que el objeto sobre el que recae la voluntad ilimitada del Príncipe-Estado.

Bossuet, en su exageración absolutista, llega a confundir el Estado con el Rey. "Nadie puede ya dudar, después de lo que hemos dicho, que todo el Estado está en la persona del Príncipe.[2] En él está el poder, en él la voluntad del pueblo, a él le corresponde el hacer conspirar todo para el bien público. Es menester aunar el servicio debido al Príncipe y el servicio debido al Estado, como cosas inseparables." Con razón podía afirmar Luis XIV, conforme a esta teoría: "L'Etat c'est moi".

10. El Estado según H. Kelsen.[3] — Según el concepto general entre los autores, el Estado suele definirse diciendo que es una

---

1 Véase sobre Duguit a RUIZ DEL CASTILLO (Op. cit., p. 48, n. 13-6), quien descubre en la doctrina del Profesor de Burdeos algún progreso.

2 BOSSUET: *La Politique tirée de l'Ecriture Sainte;* DUNNING: *From Luther to Montesquieu,* c. IX, n. 4; J. CHEVALIER: Op. cit., p. 70.

3 H. KELSEN: *Teoría general del Estado* (Trad. del alemán por Luis Legaz Lacambra), p. 17. Edit. Labor, 1934; LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Kelsen.* Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado en la escuela de Viena. Edit. Bosch. Barcelona; KELSEN: *Compendio esquemático de una teoría general del Estado.* (Versión española de Luis Recasens y Justino de Azcárate. Barcelona. Núñez, 1927); LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Introducción a la ciencia del Derecho.* Edit. Bosch. Barcelona, 1943 (pp. 101-111). Hay también una versión francesa bajo el título de *Aperçu d'une théorie generale de l'Etat.* Extrait de la Revue de Droit Public et de la science politique en France et a l'Etranger (octubre-novembre-decembre, 1926). Giard-París, 1927. Véanse también CORTS GRAU: *Filosofía del Derecho.* I. Introducción Gnoseológica. La escuela de Viena, pp. 163 y ss., 1941; Tur-

agrupación de personas que viven en un determinado territorio, sometida a una autoridad para conseguir el bien común de todos.

En contraposición a este concepto, Kelsen defiende que el Estado es un cierto orden o reglamentación, un conjunto de normas a las que está sometida una agrupación humana. O, en otras palabras, el Estado es un orden o sistema de normas que regulan la conducta humana.

Requiere esta concepción kelseniana del Estado una previa exposición de nociones e ideas.

Descubre Kelsen en la palabra *orden* dos significaciones:

1) *Orden de Naturaleza:* es decir, las leyes naturales, a las que están sometidos los cuerpos en virtud de una necesidad y que, por consiguiente, se cumplen siempre.

2) *Normas y reglas:* que determinan, no lo que de hecho y necesariamente ha de ocurrir, sino lo que en derecho debería suceder, aunque, a veces, de hecho, no suceda.

Este segundo conjunto de normas o sistema u orden normativo sólo puede aplicarse a la conducta humana, y a ella se refiere Kelsen cuando afirma que el Estado es un sistema o conjunto de normas.

Una norma o regla obliga a los individuos a seguir una conducta determinada: hacer una cosa u omitir otra. Pero si acaso el individuo no se conformara con esa norma, no por eso la norma pierde su *validez;* la regla subsiste, aunque se viole. La regla, por ejemplo, que manda que no se debe mentir, ni robar, subsiste, sigue obligando, no pierde su validez, aunque un individuo mienta o robe. Por donde un orden normativo, un sistema de normas, no pierde su validez, obliga aunque no se guarde en algunos casos.

La *validez* del orden normativo no puede confundirse con su *eficacia.* La eficacia indica, no que la norma es *válida,* sino que, más o menos, es obedecida de hecho. Porque los hombres, aproximadamente, se conforman a las normas prescriptivas. En consecuencia, el orden normativo está dotado, no sólo de validez, sino también de eficacia en el sentido dicho.

Sin embargo, no puede haber un orden válido sin cierto grado de eficacia. Sería absurdo, por ejemplo, afirmar, ahora, después del triunfo de la revolución bolchevique, que el orden o régimen zarista conserva su validez, a pretexto de que fué derrocado violentamente.

YOLS: *La filosofía del Derecho Internacional de Alfredo Von Verdross y la superación del positivismo jurídico.* (Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Mayo, 1945.)

Nótese, además: 1) que la *eficacia* es condición *sine qua non* de la validez, y no condición *per quam* es válido el orden estatal; 2) que no es propiamente la misma norma la que es eficaz, sino la idea o representación ideal de la norma, que es la que excita o mueve a conformarse con ella. La regla *vale;* pero es la representación ideal de la regla la que actúa para que sea observada.

Lo mismo que el Estado, las otras formaciones sociales son sistemas de normas y reglas. En el fondo, todo lazo social no es más que una obligación recíproca de los individuos de seguir una conducta determinada, fijada por una reglamentación normativa. Entonces, ¿en qué se diferencia el Estado de las demás formaciones sociales?

En que el Estado es un sistema de *coacción;* el orden estatal instituye la coacción. Es decir, sus reglas establecen que, en determinadas circunstancias, un individuo podrá tomar contra otro medidas de coacción. Que son de dos clases: La pena y la ejecución.

Supuestas estas nociones previas, afirma Kelsen que el Estado no es, como generalmente se le define, un grupo de individuos que viven en un territorio determinado y sometido a un poder jurídicamente organizado. El Estado es un orden, cuyas normas regulan la conducta humana. O, si se quiere, un conjunto de normas válidas y eficaces que se aplican a un grupo humano.

Los que se dicen elementos de un Estado: autoridad pública, territorio, pueblo, son simplemente la validez del orden estatal en sí; su validez en el territorio y en cuanto a las personas.

La autoridad de este orden o sistema de reglas jurídicas es su validez. Gracias a esa autoridad, se suele decir que el Estado *domina* a los individuos; los *somete;* le están *subordinados;* son *súbditos*. Expresiones figuradas para expresar la idea de que el Estado es para el individuo un orden *obligatorio*. Es decir, los individuos, o mejor, su conducta, cuya reunión forma un sistema, un único orden. Por eso, cuando se habla del poder del Estado, de la subordinación de los individuos al Estado, se entiende que el Estado o la persona que lo representa, no solamente tiene de hecho el poder de ordenar, de exponer su voluntad en relación a la conducta de otro, sino que, *además*, tiene competencia para hacerlo, en una palabra, que tiene autoridad. Y que los individuos, no sólo le obedecen de hecho, sino que le *deben* obedecer, que están obligados a ello, que las reglas que da

tienen el valor de normas. Y todo ello, en virtud de un orden que regula la conducta, tanto del que da las reglas, como del que se conforma a ella.

Si no se adopta esta noción del Estado — orden normativo — se niega el Estado y se le priva a éste de toda existencia propia, lo que conduciría lógicamente a la teoría anarquista.

La soberanía del Estado. — Según los teóricos modernos, el poder del Estado se caracteriza por la *soberanía*. La soberanía, por lo tanto, sería un atributo, una cualidad, no de un órgano del Estado, sino del mismo Estado.

Si es una propiedad del Estado, la soberanía no puede ser una propiedad sensible, como lo sería si el Estado tuviera una realidad empírica; sino un atributo de un orden jurídico: la propiedad de ser un orden supremo, un orden que no debe su validez a un orden superior.

Según este punto de vista, no puede calificarse de soberana ninguna sociedad cuyo orden jurídico está subordinado a otro orden superior en que se apoyase su validez.

Un conjunto o sistema de normas constituye un sistema relativamente independiente, cuando su validez puede referirse a una sola y misma norma que llamaremos *norma o regla fundamental* de dicho orden.

La validez de una norma jurídica se funda, precisamente, sobre la norma que regula su creación; es decir, que una norma tiene validez desde que ha sido establecida conforme a aquella otra que le sea superior. Así un juicio contiene una norma individual, cuya validez reposa sobre una ley y la validez de ésta sobre la *Constitución*.

En definitiva, un orden o sistema será supremo o soberano, cuando su norma fundamental no pertenece ni está subordinada a ningún otro orden, a ningún otro sistema de reglas positivas. Y ello, porque la misma regla fundamental no ha sido creada ni establecida conforme a las prescripciones de otra norma cualquiera.

Por consiguiente, si el Estado es soberano, lo será porque la validez, y, por lo tanto, la unidad de este sistema de reglas que llamamos orden estatal, reposa, en último análisis, sobre una regla que *se la supone la primera de las normas fundamentales: aquella que no hay que justificar ni deducir*.

En efecto: el principio de la validez de una norma individual cualquiera se encuentra en una determinada ley. Pero ¿por qué esta misma ley es válida, por qué representa a una regla obligatoria, forma

parte de un determinado orden estatal? En virtud de una ley *constitucional,* cuya validez reposa quizá en una o varias leyes constitucionales precedentes. Pero, al fin de cuentas, hay que llegar a la ley constitucional que no ha sido hecha según las prescripciones de ninguna ley constitucional anterior, de *una primera constitución positiva.* Y que esta ley y todas las reglas de derecho fundadas en ella sean válidas — tengan validez — es *necesario suponerlo. De esa hipótesis,* y *sólo de ésa,* resultan la unidad del orden estatal y el carácter jurídico de todos los actos del Estado. Ella establece que se deben respetar las reglas dictadas por el órgano que elaboró la primera Constitución. *Puede llamársele* la Constitución en el sentido ideal de la palabra, en oposición a las Constituciones positivas. Esta norma fundamental suprema, de cuya esencia es instituir el órgano legislativo, y así, en adelante funda con la unidad del Estado, su soberanía. Y éste (el Estado) aparece como un orden superior a todo otro, como un orden supremo. Téngase presente, además, que Kelsen prescinde del derecho natural y de toda idea absoluta de *justicia.*

La teoría jurídica de Kelsen,[1] en cuanto se refiere al Estado, ha sido recogida por nuestros autores contemporáneos y juzgada y refutada convenientemente. Prescindiendo del transfondo filosófico neokanciano en que se inspira, y que no toca a nuestra disciplina, brevemente podemos indicar:

1) El profesor vienés, al separarse de manera tan radical del concepto común del Estado, como agrupación de personas que viven en un determinado territorio, sometidas a una autoridad, para conseguir el bien común de todas, y al proponer un concepto nuevo de características tan diferentes, por honradez y seriedad científica, parece debería ofrecer, al mismo tiempo, las graves razones que justificasen ese cambio fundamental. Y he aquí el primer fallo serio que se descubre en la exposición kelseniana: se ofrece al lector como un haz ingenioso de postulados y negaciones gratuitas, que, científicamente, dejan en el aire toda la nueva construcción.

2) A nuestro entender, es un contrasentido tratar del derecho y del Estado, prescindiendo, para explicar su naturaleza, del sujeto del derecho y del elemento esencial del Estado: el hombre. Ha de resultar necesariamente una construcción arbi-

---

1 Además de los citados arriba, véanse: FRANCISCO JAVIER CONDE: *Introducción al Derecho Político actual* (V, pp. 83 y ss.), y JOSÉ CAAMAÑO MARTÍNEZ: *El pensamiento jurídico político de Carl Schmitt,* pp. 49 y ss.

traria y vacía de verdadera sustancia. "Los problemas jurídicos y las normas jurídicas son problemas y normas sangrantes de humanidad y hay que tratarlos humanamente, a fondo, sin quedarnos en el esquema, sin ese prurito tan moderno de hurgar en lo accesorio, rehuyendo lo sustancial, y eliminando *a priori*, como meta-jurídico lo que, de verdad, debe importar al jurista".[1]

3) Para Kelsen, existe una norma suprema en la que se apoyan todas las demás y de la que reciben su fuerza de obligar. Pero, a su vez, cabe preguntar: ¿de dónde recibe la misma norma suprema la virtud y fuerza de obligar? Es fácil y cómodo contestar que es *necesario suponerlo*. Que es lo mismo que decir que es necesario fingirlo, con lo que toda la construcción kelseniana del Estado, puramente hipotética, queda al aire y se derrumba.

Ni vale acudir "al empleo de hipótesis científicas análogas en el campo de las ciencias naturales"; porque, en este último caso, las hipótesis desempeñan el sencillo papel de anticipaciones provisionales que han de verse luego confirmadas por la experiencia, pues de lo contrario se abandonan; y esto es lo que no ocurre, precisamente, en el supuesto de la construcción kelseniana, la cual en aras a la *pureza del método*, no tiene en cuenta para nada los datos empíricos. Ni la cualidad jurídica de una norma, ni la validez del derecho como tal, pueden proceder de una hipótesis lógica: la primera emana de determinadas notas intrínsecas que la diferencian de otras normas, y la segunda es función de principios superiores de moralidad y justicia, de que éste ha de adoptarlas al arbitrio del legislador, siendo así que éste ha de adaptarlas a las exigencias históricas".[2]

---

1 CORTS GRAU: Op. cit., p. 181-2.
2 TRUYOL: Loc. cit.

LIBRO SEGUNDO

DE LOS FINES DEL ESTADO

CAPÍTULO PRIMERO

SUMARIO: 1. El Estado tiene algún fin. Indicaciones históricas sobre los fines del Estado. — 2. Verdadero punto de vista del problema. — 3. Determinación del fin del Estado: el fin del Estado está circunscrito a la esfera natural y terrena de la vida presente — 4. La moral y el maquiavelismo. — 5. Consiste en procurar el bienestar natural de la sociedad y de los miembros que la componen: *a*) por medio del reinado de la paz y de la justicia; *b*) y el fomento de la prosperidad pública. — 6. El fomento de la prosperidad pública no tiene sólo carácter histórico. — 7. Equivocadas ideas sobre el bienestar o prosperidad pública: el bienestar particular de cada ciudadano; la del Estado-poder; la felicidad material o del placer al modo de Bentham. — 8. Conclusión.

1. El Estado tiene algún fin. Indicaciones históricas sobre los fines del Estado.[1] — Si el Estado existe, sin duda que existe para algún fin. No otra cosa se desprende de lo que, acerca de su origen y naturaleza, hemos dicho en el libro primero.

Siendo una institución natural, tiene asignado un fin propio que cumplir, dentro y en armonía con el destino supremo de las cosas establecidas por el Autor de la naturaleza. Y siendo el hombre que constituye el Estado un ser inteligente y libre, el conocimiento más o menos exacto y reflexivo de ese fin, debe preceder a su acción que, como racional, ha de apoyarse en algún motivo y dirigirse a algún objeto.

---

1 V. JEAN DAVIN: *Doctrina general del Estado (Elementos de la Filosofía Política)*, nn. 25 y ss. Edit. Ius. México, 1946; P. GÜENECHEA: *Principia Juris politici*, v. I, c. VIII, nn. 78 y ss.; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, nn. 34 y ss.; J. LECLERCK: *Leçons de Droit Natural. II: L'Etat ou la Politique*, Chap. II (3.ª ed. Louvain); GIL Y ROBLES (E.): *Tratado de Derecho Político*, t. I, c. VIII (Salamanca, 1899).

Por eso, el desconocimiento o negación de los fines del Estado, sólo puede ser consecuencia, lógica por otra parte, de teorías erróneas sobre la naturaleza del mismo y que anteriormente hemos tenido ocasión de reseñar. Los partidarios de la doctrina orgánica del Estado, que le confunden con un organismo físico, deducen que el Estado es fin en sí mismo; la filosofía panteísta, por la evolución fatal en que envuelve y confunde todas las cosas, conduce al mismo error; y la concepción materialista del mundo no tiene por qué preocuparse de este problema que mata en su misma raíz. Porque quien dice fin, dice inteligencia y voluntad y libertad, que mueren ahogadas entre las redes inflexibles de las leyes orgánicas y materiales. Todas estas teorías, o niegan toda finalidad, o, al menos, niegan toda finalidad consciente, confundiendo al hombre y al Estado con Dios o con la naturaleza, o reduciéndolo, en último término, a la esfera inferior de una fuerza ciega que necesaria y fatalmente comienza y muere en sí mismo.

Aunque, partiendo de premisas muy distintas, niega también Haler al Estado un fin propio y singular. De su concepción particular del Estado (expuesta en capítulos anteriores), deduce que: "de la misma manera que, en las uniones privadas de carácter social entre hombres, no existe ningún fin propio común, sino fines particulares varios, según la diversidad de adjuntos; así tampoco se debe inquirir en los diversos Estados un fin objetivamente determinado y constante".[1]

Todo ello, como lo vamos a ver, es tan opuesto al sentido común científico y a la conciencia de la humanidad, que, bajo ese supuesto, no tendrían explicación suficiente los deberes nacionales, y ni aun los humanos de todas clases, económicos, jurídicos, militares..., cuya extensión se ha discutido tanto en todos los tiempos, y hoy se aquilata y mide en todos los Parlamentos de las naciones civilizadas. Con razón afirma Holzendorf, que[2] "no tendrá base sólida sistema político alguno que de antemano no resuelva la cuestión (de los fines del Estado), ni sería fácil apreciar, por otra parte, la legitimidad y moralidad de los actos políticos, sino considerándolos en relación y en armonía con las aspiraciones y fines del Estado".

Puede decirse que no ha habido en la historia época alguna en la que los filósofos y políticos, siguiendo las direcciones de sus respectivos sistemas científicos, no hayan prestado alguna atención al pro-

1 MEYER: Op. cit., t. II, n. 298.
2 *Principios de Política*, l. III.

blema de los fines del Estado, al que han concedido mayor o menor importancia, el que han resuelto más o menos acertadamente. Sócrates y Platón[1] confundieron los fines del Estado con los fines de la humanidad. En ello pagaban su tributo a la filosofía panteísta oriental y a las erradas concepciones religiosas de la época que asemejaban los reyes a los dioses.

Aquí, como en otros puntos fundamentales de la ciencia, fué Aristóteles quien dió los primeros pasos decisivos, indicando que los fines del Estado no pueden ser otros que "aquellos bienes de carácter social que hagan, en cuanto sea posible, la vida próspera y perfecta, y para cuya consecución no bastan, ni las familias, ni las tribus".

Cicerón desenvolvió y esclareció la idea, distinguiendo dos conceptos fundamentales, en su ya clásica definición de los fines del Estado. "Est igitur res publica, res populi; populus autem, non omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis *juris consensu et utilitatis communione sociatus*".[2]

Estas dos ideas fundamentales propuestas por Cicerón con precisión suficiente, recogió y conservó en su tesoro de doctrina la escuela escolástica con sus principales doctores, y no fué menester que viniera Grocio ni su escuela, como con frecuencia suponen autores contemporáneos, para recoger y dar vida a la idea ciceroniana sobre los fines del Estado.[3]

Antes de Grocio había escrito ya Suárez, o, mejor dicho, había repetido, insistiendo, como él dice, en las huellas de Aristóteles y Santo Tomás,[4] que el fin del Estado era "felicitatem naturalem communitatis humanae perfectae, cuius curam gerit (potestas civilis), et singulorum hominum ut sunt membra talis communitatis, ut in ea, scilicet in pace et justitia vivant, et cum sufficientia bonorum, quae ad vitae corporalis conservationem et commoditatem spectant, et cum ea probitate morum, quae ad hanc externam pacem et felicitatem reipublicae, et continentem humanae naturae conservationem necessaria est".[5]

En la edad moderna se han señalado en este punto de la ciencia política dos grandes direcciones que oportunamente precisaremos en números posteriores: la de los que limitan el fin del Estado a la declaración y mantenimiento del derecho, como los individualistas y Kant;

---

1 *De Repub.*, l. V.
2 *De Repub.*, l. I, c. 25.
3 Así, p. e., AHRENS afirma *(Curso de Derecho Natural,* P. especial, libro II, c. II. Trad. española de Rodr. Hotalano): "primero Hugo Grocio comienza por donde había concluído la antigüedad, señalando, como Cicerón, y casi en los mismos términos, al Estado los dos fines del Derecho y de la utilidad común".
4 ZEILIER: *L'idée de l'Etat dans St. Thomas d'Aquin,* p. 1.ª, c. IV.
5 *De leg.*, l. III, c. XI.

y la de los que, al contrario, en los fines del Estado incluyen todos los de la sociedad; entre los cuales hay que incluir como la nota más acentuada, los sistemas totalitarios. Otros sistemas intermedios participan de ambas tendencias, atenuándolas y armonizándolas según diversos criterios. Tampoco faltan teorías independientes.

2. Verdadero punto de vista del problema. — Jellinek[1] distingue, en el fin del Estado, tres problemas diferentes: 1) Fin objetivo de la institución del Estado como tal. 2) Fin o misión especial, que una nación determinada ha tenido o tiene en la historia. 3) Fin que la institución del Estado tiene en un momento dado para los que forman parte de él y, por tanto, para la comunidad.

Nosotros sólo tratamos del fin objetivo de la institución del Estado como tal, y creemos que es el único que cae dentro de la ciencia del Derecho Político y el único verdadero punto de vista del problema. Los otros problemas son problemas históricos que deben tenerse en cuenta, sobre todo por el hombre de Estado, pero nunca confundirlos con el primero. Con ello algunos autores caen en el error de dar a los hechos el valor de principios, y elevar a leyes generales lo que, a veces, no son sino aberraciones o pasajeras incidencias de la historia humana.

En esta equivocación incurrió, por ejemplo, Montesquieu, a quien han seguido otros,[2] cuando afirmaba que "aunque todos los Estados tengan, en general, un mismo objeto, cada uno persigue otro que le es peculiar".[3]

Ahora bien: esas llamadas misiones históricas de las naciones tienen mucho de artificial y son consecuencia, la mayor parte de las veces, de la posición geográfica del territorio, de las ideas predominantes de los directores de los pueblos, de intereses económicos o patrióticos, más o menos acertadamente comprendidos y fomentados. Pero todo Estado, fuera y por encima de esas circunstancias y tendencias históricas, tiene y no debe olvidar el fin objetivo esencial impuesto por el Autor de la naturaleza, y que ha de ser el norte y guía de su vida. Y ese fin

---

1 *Teoría general del Estado*, l. II, c. VIII; SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho Político*, I, p. 246 (3.ª ed. 1947).

2 *L'esprit des lois*, l. XI-V.

3 "El engrandecimiento era el objeto de Roma; la guerra, el de Lacedemonia; la religión, el de las leyes judaicas; el comercio, el de Marsella; la tranquilidad pública, el de las leyes de China; la navegación, el de los rodios; la libertad natural, el del régimen de los salvajes, etc."

general del Estado, como advierte Pesch,[1] se sustrae por completo a la acción de la historia y al libre albedrío del hombre. Todos los fines particulares creados por las circunstancias y condiciones históricas deben subordinarse a este fin natural para el que el Estado existe,[2] sin que lo haya señalado él mismo, y sin que pueda ni deba renunciar a su realización.[3]

1 *Tratado de Economía nacional*, I, n. 75.

2 Véase AHRENS: *Curso de Derecho Natural. Parte especial*, l. VI, c. II, pár. 107.

3 Se oye, en nuestros días, hablar del destino particular de algunas naciones, p. e. España. El destino de todas las naciones es el mismo: la perfección humana de los miembros que la forman, conseguida en los beneficios de la paz y de la prosperidad humanas.

Un destino especial que Dios haya señalado a alguna nación (España), como al pueblo judío, al que, además del destino común de todas las naciones, le hizo depositario de la revelación divina, cuna en que había de nacer el Redentor, objeto de providencia especialísima llena de prodigios: ese o parecido destino especial no lo tiene España ni ninguna otra nación. Había de constar indubitablemente y no consta.

Pero en el destino común de las naciones — en el de España — se puede distinguir el destino "directo", la misión directa: el procurar la paz y prosperidad terrena nacional, y otro destino y misión, que directa y primariamente corresponde a la Iglesia, pero que indirectamente puede corresponder a la nación: el enderezar esa prosperidad terrena con rumbo al destino eterno; enderezamiento que había de consistir en no estorbarlo, en favorecerlo desde su "puesto propio" lo más que pudiera.

Pues bien: las naciones, en el curso de la Historia, han atinado, peor o mejor, con ese su destino; lo han cumplido con mayor o menor munificencia. Y España se ha señalado en el acierto y en la realización, no ya sólo dentro del marco de sus límites nacionales, en su vida interior, sino con irradiaciones universales y espléndidas.

Y porque el cumplimiento de esa misión ha sido la base de su grandeza como nación, el alma de su historia, y constituye el núcleo central de sus tradiciones, puede España justamente ufanarse de la gloria de su destino, afianzarse en él para continuar su ruta histórica. Su historia, su tradición, le pueden servir de guía, de acicate y de aliento. Y cabe en este sentido hablar de un destino de España, de una vocación de España, y vocación apostólica. Pero, sin exclusivismos, sin tergiversaciones desorbitadas.

Pudieron otras naciones (en cierta medida lo hicieron muchas) seguir el mismo camino, cooperar a los designios divinos, alcanzar los mismos laureles. Suerte y mérito de España fué el haber atinado plenamente desde los albores de su vida civilizada con su destino natural como nación y el haber labrado en su realización su historia, su tradición y su grandeza. Ello le pone en condiciones excepcionalmente ventajosas para seguir su ruta a través de los tiempos; al contrario, quizá, de lo que puede ocurrir a algunas otras naciones, que habiendo logrado sus glorias y prosperidades terrenas (cuando las han logrado) o sufrido sus desdichas y miserias, fuera o en oposición con el destino final que Dios ha señalado a todos los hombres, han de comenzar para atinar con él por renegar de su historia y romper con su tradición.

Es muy aventurado ir a buscar en los libros sagrados testimonios que

3. Determinación del fin del Estado: el fin del Estado está circunscrito a la esfera natural y terrena de la vida presente. — Establece Francisco Suárez cuáles son los fines del Estado, en las siguientes palabras: "La potestad legislativa civil (el Estado) no tiene por fin intrínseco y propio la felicidad natural de la vida futura, ni siquiera la felicidad natural de la vida presente de cada uno de los ciudadanos, en cuanto personas individuales, sino la felicidad natural de la comunidad como sociedad perfecta y de los individuos que la forman, en cuantos miembros que integran dicha comunidad; o sea, para que puedan vivir al amparo de la paz y de la justicia, y con aquella abundancia de bienes que la conservación y aun la comodidad de la vida humana reclaman; unido todo con la probidad de costumbres que, para la paz externa y la felicidad de la república, y decorosa existencia de la naturaleza humana, son indispensables."[1]

Estas palabras contienen dos afirmaciones capitales que proponemos numeradas para su más claro desenvolvimiento.

1. El fin del Estado está circunscrito a la esfera natural y terrena de la vida presente.

2. Y consiste en procurar la felicidad natural de la sociedad y de los miembros que la forman, haciendo que vivan: *a*) al amparo de la paz y de la justicia (declaración y garantía del Derecho), y *b*) con aquella abundancia de bienes que reclaman la conservación y comodidad de la vida humana (fomento de la prosperidad pública).

Por de pronto, queda fuera de la misión del Estado cuanto

---

nos vengan a descubrir el destino especial de España o de cualquiera otra nación en el mundo. Ese destino nos lo ha mostrado Dios por medio de la razón natural. Y fuera del caso excepcional del pueblo hebreo, al que había de tocar preparar los caminos de la Redención, no es fin de las Sagradas Escrituras señalar la ruta temporal que las naciones han de seguir en la tierra, ni dar lecciones de economía, ni de política, ni de ciencias.

Sin duda que se encuentran allí ciertas direcciones supremas, ciertos principios fundamentales que se refieren directamente a la vida social política y que, incidentalmente y en ocasiones provocadas por las circunstancias y aprovechadas por el Salvador, salían de sus labios; tales son aquel "dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César", que desbarató la malicia farisaica; tal la lección dada a Pilato sobre el origen de su autoridad civil, y otras. Por lo mismo, nunca será excesiva la cautela en atribuir determinado alcance a palabras o frases de la Escritura aunque, en su sonido externo, parezcan aludir directamente a temas políticos o sociales.

1 SUÁREZ: *De Leg.*, l. III, c. XI, nn. 4, 5, 6. V. GÜENECHEA, DAVIN: loc. cit.

se refiera a la vida sobrenatural y a la vida natural futura, con cuantos medios directamente se encaminen a esos fines.[1]

En efecto, toda ciencia y filosofía, no ya cristiana, sino aun meramente espiritualista, distingue una vida y felicidad terrena y otra vida y felicidad ultraterrena. Y la teología católica habla, además, de otra vida llamada sobrenatural, a la que Dios, por benevolentísima disposición positiva, elevó al género humano y, para la cual, por insuficiencia de las fuerzas de la naturaleza, acude Dios con auxilio y cooperación especiales que, por esa razón, se llaman sobrenaturales.

Fácilmente puede comprenderse que el Estado es ajeno a esta vida, y que sus fines están circunscritos a los límites de la vida terrena y natural. Porque los fines de los seres y de las instituciones están en proporción y armonía con la naturaleza de los mismos, de la que son espontánea floración y vida. Siendo el Estado una institución meramente natural, estando, por su propia índole y por su existencia, dentro de la esfera de la vida externa y temporal, no puede tener otros fines que naturales y terrenos.

Son, por consiguiente, ajenos a su finalidad esencial el fin ultraterreno, natural y sobrenatural, y cuanto a ellos se refiera directamente en este mundo. En tal caso está, por ejemplo, el bien espiritual-religioso de los hombres. "Porque, así como la potestad civil (el Estado)[2] no se ordena a la eterna felicidad de la vida futura, tampoco al bien espiritual de la vida presente. Porque el bien espiritual de esta vida es una disposición que, por su naturaleza, se ordena a la última felicidad sobrenatural de la otra vida, y, casi más bien, es comienzo de ella. Por lo tanto, la potestad que, de por sí, no tienda a dirigir a los hombres a aquella felicidad suprema, no puede referirse al bien espiritual de esta vida, porque a la misma institución corresponde el fin último y los medios conducentes para él."

No debe, sin embargo, echarse en olvido que el fin último, aun sobrenatural, y el bien natural terreno, mutuamente se perfeccionan y deben armonizarse entre sí; pues ambos fines se refieren a la misma naturaleza humana y proceden, en último término, del sapientísimo Autor y moderador de todas las cosas, que no puede imponer a los seres fines contradictorios y repugnantes entre sí.[3] Por lo mismo, puede el Príncipe (el Estado), máxime el cristiano, cooperar, aunque de manera indirecta, al fin ultraterreno y sobrenatural; ya negativamente,

---

1 V. SUÁREZ: loc. cit.

2 SUÁREZ habla de los fines del Estado en su Tratado *De Legibus*, tratando de la potestad legislativa.

3 Véase sobre esto DAVIN: Op. cit., n. 34-C y ss.

no preceptuando nada que estorbe o repugne al dicho fin ultraterreno, ya con ordenación positiva, según las circunstancias; aunque, en este caso, "sólo dentro de los límites del consejo, mientras no se interponga especial necesidad o precepto".[1]

En resumen, quedan excluídos de la misión y actividad del Estado el fin ultraterreno, natural y sobrenatural, y los medios directamente referentes a ello, como por ejemplo, la vida religiosa-espiritual de los ciudadanos.

Despréndese también de ahí que tampoco es fin del Estado procurar la moralidad de las acciones humanas; el Estado no es órgano de la moralidad. Pero esta proposición necesita aclaraciones, pues no quiere ello decir que sea lícito al Estado prescindir de la moralidad de sus acciones, como lo proclamó Maquiavelo en su libro "Il Principe".

4. La moral y el maquiavelismo. — El maquiavelismo es una doctrina muy sencilla, que puede encerrarse en esta fórmula: la prosperidad y bienestar material de los pueblos y príncipes son la norma y medida de las acciones de los hombres de Estado, aunque sufran menoscabo el decoro y la justicia, o se quebranten compromisos sagrados. De aquí las máximas de que "un príncipe debe evitar mantener las promesas que considere contrarias a sus intereses", y de que "es menester que el príncipe aprenda a no ser siempre bueno, a fin de que aplique o no, según le convenga, en atención a las circunstancias, estas máximas".[2]

---

1 SUÁREZ, ib., n. 8.

Las precedentes consideraciones ofrecen explicación suficiente de ciertos hechos históricos (no de todos, pues algunos no tienen justificación posible), en los que, a primera vista, el Estado hace irrupción en el campo acotado de la religión y fines humanos espirituales. Porque, dada la civilización eminentemente cristiana que ha informado a muchas sociedades, puede ocurrir que actos y delitos, que en sí son de carácter estrictamente religioso, de hecho resulten perturbaciones del orden social, atentatorias a la conservación de la paz y progreso de los pueblos; paz y progreso que entran de lleno dentro de los fines del Estado. Otras intromisiones del Estado en asuntos de carácter espiritual y religioso, no tienen más explicaciones que la mutua y amigable cooperación de ambas potestades, religiosa y civil, de la que resultaba la benévola anuencia de la potestad eclesiástica, que concedía eficacia jurídica a aquellas intromisiones. Por lo demás, sabido es que la dirección y fomento en la tierra de la moralidad y de la vida religiosa, con todos los medios que a ella conducen *directamente*, corresponde, por derecho divino positivo, a la Iglesia.

2 Brote contemporáneo del maquiavelismo — en su sentido más gro

Esta teoría es falsa y anárquica.

Es falsa, porque el Estado, como cada individuo o entidad nacional, está sometido a las exigencias de la ley natural y divina, impresas en sus entrañas, sin que las voluntades de los hombres valgan nada contra ellas. Y si bien no es órgano de la moralidad ni su directo promotor, es sujeto sometido a ella y debe conservarse dentro de las lindes que aquélla señala: mandar lo bueno, prohibir lo malo, o, al menos, no mandarlo ni protegerlo.

Es, además, teoría anárquica. Contra lo que afirma Maquiavelo, ninguna base más sólida para obtener la paz y la prosperidad de los pueblos que la integridad de la moral natural y cristiana. Al desterrarla de la dirección y vida del Estado, para dar lugar a la astucia, a la fuerza y a los intereses meramente materiales, una lógica deducción los llevaría también a la trama de la vida privada. Y el puesto que en la sociedad deja vacante la justicia, lo ocuparía la fuerza que domina por el terror o se disuelve en la anarquía. Tal Estado es antisocial.

Y esto, lo volvemos a repetir, no sólo en materia de estricta justicia, sino también en materia de otras virtudes. Porque "cierta" probidad de costumbres es indispensable para la paz externa, y la felicidad de la república y decorosa existencia de la naturaleza humana. Con felicísima frase dijo Suárez: "leges civiles intendere cives facere bonos viros, quia non possunt aliter facere bonos cives: las leyes civiles deben procurar hacer a los ciudadanos buenos hombres, porque, de otra manera, no los hará nunca buenos ciudadanos". Y esto se funda en el deber y derecho natural que tiene el Estado de velar por su existencia, manteniéndola robusta y fuerte. Y "para ello, la temperancia es también necesaria, no venga en corrupción la naturaleza y peligre su conservación o se impida su propagación, asunto que es también de competencia de las leyes civiles. Y por esta razón prohiben y castigan las leyes los vicios contra la naturaleza..." Por eso no sale el Estado fuera de la esfera de su actividad, cuando prohibe el uso de bebidas dañosas a la salud... o persigue los vicios que impiden o coartan la regular propagación del género humano, etc.

Lo difícil en este punto es determinar con fijeza el límite hasta el

---

sero (que no entró en el pensamiento de Maquiavelo) — es el pensamiento soviético ruso, que sólo concibe como fin del Estado el bienestar meramente material y económico, y como norma ética el mantenimiento de la sociedad comunista, siendo lícito y bueno cuanto le favorezca, y malo e ilícito cuanto le perjudique.

que puede llegar la acción del Estado, sin traspasar su esfera y su misión peculiar. Dicha regla es indefinida y elástica de por sí, según las circunstancias de tiempos y edades, y su determinación práctica es necesario dejarla a la prudencia de los poderes, tan propensos a errores y extralimitaciones. Con prudente sagacidad escribe sobre esto Suárez:[1] "La esfera y materia del poder y ley civil se extiende a cuanto es necesario moralmente para obtener el fin de dicha ley (el bien común de la comunidad), y lo que sea muy útil para ella y conforme con la naturaleza de dicha potestad. Lo mismo debe decirse de la facultad prohibitiva de las leyes. Debe evitar la ley civil cuanto es dañoso a la sociedad humana y pueda prohibirse y castigarse con utilidad general. Pero cuando los vicios no son perjudiciales a la sociedad, o de su castigo riguroso se pudieran temer mayores males, mejor es tolerarlos que cohibirlos con leyes civiles."

5. Consiste en procurar el bienestar natural de la sociedad y de los miembros que la componen: a) Por medio del reinado de la paz y de la justicia; b) y el fomento de la prosperidad pública.[2] — O, como se dice ordinariamente, consiste en el bien común, en el bienestar general.

Se dice *bien común;* porque la acción del Estado no debe limitarse a procurar el bien de determinadas personas o clases, sino a procurar el bien de todos los ciudadanos o los más posibles. Y se dice el bien, sin especificar cuál ha de ser, porque se trata de propugnar el bien y felicidad completos, es decir, que ningún bien que pueda contribuir al bienestar humano se excluya del fin del Estado. En esto se diferencia la sociedad política de las otras sociedades privadas, que se circunscriben a satisfacer anhelos particulares de los hombres, como los económicos, artísticos, etc.

Y que tal es el fin de la sociedad política, puede decirse, hablando en general, que se desprende del origen fundamental del Estado. Porque al Estado se dirigen espontánea y naturalmente los hombres para alcanzar toda clase de provechos y bienes, sobre todo en aquel grado de perfección que rebasa los medios y fuerzas de que el individuo aislado puede disponer, buscando en su seno lo que en sí solo y en su familia no puede encontrar.

---

1 Loc. cit., c. XII, n. 7. Véase c. XI, n. 8.

2 Véase GÜENECHEA: *Principia juris politici*, v. I, c. VIII, y J. DAVIN: Loc. cit.

Sin embargo, algunos autores modernos desechan la fórmula de "el bien y prosperidad común", tachándola de vaga e indecisa, y, por lo tanto, apta para que, en manos de gobernantes déspotas y desaprensivos, se trueque, de instrumento de gobierno, en instrumento de opresión.

No es justa la censura, por dos razones: Primero, porque la afirmación de ciertos principios generales, aun en su vaguedad, es conveniente y necesaria, porque contienen un gran fondo de verdad inapreciable, a donde hay que acudir para la resolución de múltiples problemas concretos. Y segundo, porque a la fórmula concisa han seguido siempre las explicaciones más que suficientes, para determinar su sentido y concretar su alcance, como ocurre en el presente caso.

a) Por medio de la declaración del derecho. — Los autores modernos, al señalar este fin del Estado, han empleado la fórmula de que al Estado compete "determinar el derecho" o "declarar y garantizar el derecho". Tan exacta y más hermosa nos parece la expresión de Suárez: "establecer el reinado de la paz y de la justicia", que a eso tiende la declaración y garantía del derecho.

Y tan evidente debe ser que esa declaración del derecho es el fin primario y esencial de todo Estado, que las teorías más divergentes, desde el más absoluto socialismo hasta el individualismo más radical, convienen en este punto. Sólo el anarquismo lo niega; pero, lógicamente, porque el anarquismo es la negación y muerte del Estado.

En efecto: la paz social, fruto del derecho reconocido y garantizado, que brota del establecimiento de reglas justas que deben regir las relaciones tanto de carácter público, como las que forman la trama de la vida privada; la paz social es la primera necesidad de toda sociedad política, necesidad esencial, puesto que por ella vive y se sostiene la misma sociedad. Precisamente, la esperanza de verla satisfecha es el primer impulso que siente el individuo para acogerse a la vida social, en la que cree hallar la seguridad en su persona y en sus bienes, que fuera de ella, en cambio, se verían expuestos al atropello y a la violencia.

Es, además, el orden de la justicia y del derecho, el mayor y más excelente bien de todo ser moral, sin que se pueda renunciar a él, sin antes postergar su categoría y preeminencia de ser racional. El derecho es también el bien común por ex-

celencia, porque, bajo su amparo, viven sin excepción todos los ciudadanos, y de él necesitan para el justo y recto desarrollo de sus facultades.

Bien entendido que no es tanto competencia del Estado determinar las reglas jurídicas, cual si fuera la fuente última de ellas, cuanto declararlas y garantizarlas con su poder y autoridad. Porque el orden objetivo y de la justicia está ya establecido por el Autor de la naturaleza y, en sus principios fundamentales, es conocido por la razón natural. Sólo toca al Estado su reconocimiento jurídico y eficaz, y su desarrollo y aplicación, por medio del derecho positivo, hasta las últimas consecuencias de las menudas relaciones y circunstancias sociales. Que no es el Estado el creador del derecho, sino su tutor, su primer guardador y sostén firmísimo.

De donde se deduce que fin primario del Estado es reconocer, respetar y garantizar los derechos naturales de los ciudadanos (individuos y sociedades) que no pueden ser limitados, suprimidos o anulados a capricho y antojo. "Que no busca, como dice Pesch,[1] el hombre en la sociedad política opresión, sino protección de sus derechos naturales, de su libertad natural y del legítimo ejercicio de ella."

Ahora bien: no se concibe la verdadera libertad sin orden, y el principio del orden es la justicia, "así con respecto a toda sociedad, en conjunto, como en lo que se refiere a cada uno de sus miembros".

"La justicia que da y respeta a cada uno lo que en derecho se le debe, puede dividirse en general y particular."

"La justicia general, que suele llamarse también justicia legal, se refiere a la comunidad, a la asociación o grupo social como tal. Bajo este aspecto, corresponde al Estado ordenar las acciones de los ciudadanos en armonía con las exigencias del bien común, reclamando de la conducta positiva y negativa de todos, jefes y miembros de la sociedad, lo que el bien, el común del pueblo, como sociedad, exige."

"La justicia particular, que se refiere a los miembros o grupos de que la sociedad se compone, se subdivide en justicia distributiva y justicia conmutativa."

La justicia distributiva reclama del Estado y de sus representantes que repartan los bienes públicos de la sociedad entre sus miembros de la manera y en la proporción debidas, atendiendo a la importancia, mérito y necesidad de cada uno, y que distribuya las cargas a que todo miembro de la sociedad en cuanto tal está obligado (ex justitia legali) según la facultad contributiva de los súbditos.

---

1 *Tratado de Economía nacional*, t. I, n. 76. Trad. Llovera.

"La justicia conmutativa regula las relaciones entre personas privadas y se refiere a todo aquello que cada uno puede considerar y reclamar como suyo, en fuerza de su propio derecho. La idea fundamental, la médula, diríamos, de la justicia conmutativa consiste, en general, en la noción de una esfera de derechos individuales, inviolables en sí mismos, que todo hombre, toda familia o toda otra persona moral posee dentro del Estado. Bien se considere el hombre como persona, bien como dueño legítimo de una porción mayor o menor de los bienes de la naturaleza, aparece siempre como sujeto de un conjunto de derechos que sus semejantes deben respetar como sagrados, y que nadie puede violar arbitrariamente sin ponerse en pugna con lo que reclama el orden moral. Esa esfera individual de derecho de cada ciudadano, familia y asociación, debe ser reconocida dentro de la sociedad, concediéndose y respetándose a cada uno lo que, en fuerza de su derecho natural o adquirido, le pertenece."

b) EL FOMENTO DE LA PROSPERIDAD PÚBLICA. — La declaración y garantía del derecho no es el único fin del Estado, así lo confirma el consentimiento universal de sabios y pueblos. Porque, hasta el advenimiento del individualismo y de Kant, nadie lo había puesto en duda; y, después de la disidencia kanciana, a pesar de la autoridad doctrinal del filósofo alemán y la difusión de las ideas liberales, el uso común de los Estados ha seguido en este punto, sin que nunca lo haya abandonado, el curso señalado por las ideas antiguas. En la esfera científica, la doctrina del fin estrictamente jurídico ha perdido ya el arraigo pasajero y parcial que había logrado, habiendo pasado al archivo de las ideas históricas y pretéritas.

Y es que a la sociedad no le basta la seguridad externa del derecho y del orden social, sino que siente en sí, como todo organismo y todo ser normalizado en sus operaciones vitales, el ansia de su mejora y perfeccionamiento. Y la naturaleza del ser social demuestra que no es suficiente para ello, y hasta le es perjudicial, la acción libre y aislada de los individuos, por la insuficiencia individual, por los egoísmos inevitables de los hombres, por la pugna de intereses y puntos de vista que reclaman, no sólo la mutua coordinación, sino además ayuda mutua.

De donde se deduce que el Estado debe, bajo este aspecto, a la sociedad protección y asistencia, como dice Pesch.[1]

---

1 Loc. cit, n. 76.

La protección la otorga con la declaración y tutela del derecho, conforme hemos visto antes.

La asistencia no consiste en una especie de auxilio o socorro individual con que el Estado acude a cada ciudadano o familia, sino una asistencia general, de forma que todos puedan participar de él. Y se obtiene desde el momento que el Estado se esfuerza "en la producción, conservación y perfeccionamiento de todo el conjunto de condiciones e instituciones públicas, mediante las cuales, todos los miembros del Estado se hallen en la posibilidad de alcanzar libremente y con su propio esfuerzo su verdadero bienestar terreno, según la medida de sus particulares aptitudes y circunstancias, y de conservarse en la posesión de lo legítimamente adquirido".

Pero esta generalidad no ha de ser tan rígida y absoluta que deba prestarse siempre de igual forma y en igual medida a todos y cada uno de los ciudadanos y clases. Al contrario, los principios de la justicia distributiva exigen la aportación de esos bienes de protección y asistencia, según la necesidad y según el mérito. Y tanto mejor se atiende al bien común cuanto que, atendiendo a la índole especial de cada una de las clases, se procura satisfacer en lo posible las peculiares necesidades de todas ellas, tendiendo a establecer un justo y razonable equilibrio entre sus intereses, convirtiéndolos de antagónicos en solidarios. He aquí plenamente justificada la legislación protectora de la clase obrera, que desde hace tiempo han adoptado no pocas naciones.

Más aun: se compagina perfectamente con la ayuda y fomento general de la prosperidad pública, propios del Estado, el que éste, en casos y circunstancias especiales, acuda al socorro y ayuda directa e inmediata de los ciudadanos particulares. Por el bien común de todos, por la seguridad del derecho, por moralidad pública, el Estado no puede permitir el abandono en su miseria de aquellos que, irremisiblemente, han sido arrastrados a ella por enfermedad, vejez, pobreza y otras causas inevitables. El Estado, en estos casos, puede y debe ayudar a la beneficencia privada, cuando ésta falta o es insuficiente, y aun convertir el deber de caridad en deber jurídico, con un impuesto de beneficencia.

Por lo demás, esa asistencia, ese fomento de la prosperidad pública, a la que el Estado tiene que proveer, abarca, en cuanto a su extensión, todo cuanto a la perfección total de los ciudadanos (externa y social) puede contribuir, sin que ningún bien material, económico ni de cultura se excluya. Y debe mostrarse, como hemos dicho, allí donde

la iniciativa y fuerzas privadas no son suficientes y necesitan de la ayuda protectora de la común cooperación.

Para expresar la misma idea, algunos autores modernos emplean otra fórmula que parece aceptable.[1]

Dicen que el Estado no realiza directamente, por sí mismo, los fines sociales cuya perfección constituye la prosperidad común, realización que queda a la iniciativa de los individuos y familias, sino que los estimula, fomenta y procura su cumplimiento. Para lo cual debe facilitar y establecer todas aquellas condiciones sociales y públicas, sobre todo, las que exceden de las facultades privadas, que sean convenientes y necesarias para que la prosperidad general pueda realizarse con la mayor intensidad y amplitud posibles, al impulso de las energías mismas de la sociedad.

Finalmente, podemos concluir con Balmes:[2] "No creo imposible, ni siquiera difícil, el fijar las ideas sobre este punto. El bien público no puede ser otra cosa que la perfección de la sociedad. ¿En qué consiste esa perfección? La sociedad es una reunión de hombres; esta reunión es tanto más perfecta cuanto mayor sea la suma de perfección que se encuentre en el conjunto de sus individuos, y cuanto mejor se halle distribuída esta suma entre todos los miembros. La sociedad es un ser moral; considerada en sí y con separación de los individuos, no es más que un objeto abstracto, y, por consiguiente, la perfección de ella se ha de buscar en último término en los individuos que la componen. Luego la perfección de la sociedad es, en último análisis, la perfección del hombre; y será tanto más perfecta cuanto más contribuya a la perfección de los individuos."

Llevada la cuestión a este punto de vista, la resolución es muy sencilla: la perfección de la sociedad consiste en la organización más a propósito para el desarrollo simultáneo y armónico de todas las facultades del mayor número posible de los individuos que la componen.

En el hombre hay entendimiento, cuyo objeto es la verdad; hay voluntad, cuya regla es la moral, y hay necesidades sensibles, cuya satisfacción constituye el bienestar material. Y así la sociedad será tanto más perfecta cuanto más verdad proporcione al entendimiento del mayor número, mejor moral a la voluntad, más cumplida satisfacción de las necesidades materiales...

Ahora podemos señalar exactamente el último término de los adelantos sociales de la civilización y de cuanto se expresa por otras palabras semejantes, diciendo que es: la mayor inteligencia posible, para el mayor número posible; la mayor moralidad posible, para el

---

1 ROYO VILLANOVA: *Ciencia Política*, c. VI, n. 3.
2 *Ética*, c. XXI, n. 175.

mayor número posible; el mayor bienestar posible, para el mayor número posible.

6. El fomento de la prosperidad pública no tiene sólo carácter histórico. — De lo dicho parece desprenderse que la intervención del Estado en el fomento del bienestar público, aunque esencialmente la misma en el fondo, prácticamente puede y debe ser elástica, acrecentándose o amenguándose en su extensión e intensidad. La consecuencia es lógica. La acción protectora y directiva del Estado debe ir cediendo el terreno a la iniciativa privada de la sociedad misma, a medida que crezca su cultura y civilización verdadera, que la irán capacitando para perseguir sus bienes y perfeccionamiento con más espontaneidad, vida y extensión.

Y como la civilización de un pueblo puede ser más o menos integral, más o menos limitada, la acción interventora del Estado ha de amoldarse a esa variedad de circunstancias y de pueblos.

Y no sólo el mayor o menor grado de cultura, sino también otros elementos y circunstancias, transitorias y locales, han de influir legítimamente en la extensión y eficacia de la acción del Estado, como, por ejemplo, las crisis económicas, la tradición gubernativa, las perturbaciones interiores, las amenazas exteriores...

Pero esta variabilidad, extensiva y práctica, de la actividad finalista del Estado, no cambia el sentido ni amengua la verdad de la tesis fundamental que sustentamos sobre los fines del Estado. Porque cualquiera que sea su acción en un momento de su historia, en una o en todas las esferas del bienestar público, queda en pie y completa la eficacia virtual de la misma, que se muestra en esa gradual restricción o amplitud. Y, en último término, esas variaciones prácticas contribuyen a manifestar, con mayor o menor relieve externo, el derecho natural e intangible de su misión suprema y directora, que nunca cesa esencialmente.

Por eso creemos que es impropio hablar de fines históricos y transitorios del Estado,[1] diciendo que el Estado desempeña, respecto de la sociedad y la nación, una función tutelar seme-

---

1 SANTA MARÍA DE PAREDES: Op. cit., p. 1.ª, sec. 2.ª, c. II.

jante "a la que ejerce sobre los individuos, cuando, por no haber llegado a la plenitud de su desarrollo, no se dirigen libre y racionalmente".

Esto parece indicar que la misión del fomento del bienestar sólo es propia de los Estados minoritarios y que, por su naturaleza, debe tender a desaparecer, como la tutoría sobre un menor de edad. Lo cual parece inexacto, porque la misión directora y propulsora del Estado es esencial a él, como lo es la autoridad misma. Y si se supone que las sociedades y Estados han de estar siempre en minoría de edad, y, por lo tanto, perpetuamente incapaces para regirse plenamente por sí mismos, habría que decir que la incapacidad era natural y, por lo tanto, perpetua y no histórica la misión del Estado para remediarla.

Las modernas corrientes político-sociales del individualismo y socialismo (de ellas hemos de hablar en seguida) han influído en el problema y en la ideología sobre los fines del Estado, cuya concepción tradicional han tratado de modificar y de suplantar. El individualismo, mutilando las atribuciones del Estado, pretendió confinar a éste en el estrecho campo de la seguridad personal y de la policía, prohibiéndole toda intervención en la verdadera vida social. Destruyó la vida corporativa, enfrentó el Estado con el individuo, creó el proletariado y abrió los caminos a la libre concurrencia y a la lucha de clases.

Le salió al encuentro la reacción socialista, que corriéndose al extremo opuesto y postergando, casi anulando, las prerrogativas de la persona humana, ensanchó desmesuradamente las del Estado, cuya intervención en la vida social no reconocía apenas límites. Organizó el proletariado, pero lo organizó fuera y contra el Estado, en pie de guerra contra las clases dominantes a las que suponía abusaban del poder político en provecho propio y de su situación económica privilegiada.

Estas dos concepciones antagónicas de los fines del Estado llevaron una gran perturbación a la vida política y social de nuestros tiempos, agitándola con violentas convulsiones sociales, crisis políticas y económicas que amenazan destruir toda nuestra ordenación jurídica civilizada. Pero, al mismo tiempo, han provocado una renovación de la doctrina tradicional sobre los fines del Estado, tal como la hemos propuesto en líneas anteriores, y, manteniéndola invariable en sus líneas generales, la han desdoblado en aplicaciones que los males y exigencias de los tiempos demandaban.

Esta renovación ha tenido lugar y estas aplicaciones se han ensayado principalmente en el campo económico, en donde se han senti-

do con preferencia los estragos ocasionados por los extravíos individualistas y socialistas.

Ocupan preeminente lugar en esta renovación, las doctrinas expuestas por los Papas, de manera particular por León XIII y Pío XI en sus conocidas Encíclicas *"Rerum novarum"* y *"Quadragesimo Anno"*.

Los Pontífices condenan la inhibición del Estado en la vida social, reivindicando para él, como una de sus principales prerrogativas, el derecho de intervenir, no sólo como autoridad policíaca, sino como autoridad directora, en el fomento de la prosperidad pública encauzando y coordinando las actividades humanas, para que lejos de estorbarse, mutuamente se armonicen y se ayuden y cooperen al bien común.

Claman también por una nueva coordinación social, de carácter orgánico y corporativo, para que la persona humana no quede perdida, como átomo suelto, en muchedumbre desarticulada, sino engarzada en formaciones sociales de tipo familiar, comarcal y profesional.

Al mismo tiempo realzan esa personalidad humana, librándola tanto de la esclavitud marxista que la sacrifica en el altar del Estado, como de la individualista que la abandona en el aislamiento de su impotencia.

Finalmente, sin anatematizar en absoluto toda libre y lícita concurrencia, la sujetan con los lazos de la moral, de la justicia y de las conveniencias del bien común.[1]

7. Equivocadas ideas sobre el bienestar o prosperidad pública: el bienestar particular de cada ciudadano; la del Estado-Poder; la felicidad material o del placer al modo de Bentham. — Cuál sea el sentido y el alcance de la prosperidad pública que el Estado debe propulsar, lo hemos expuesto suficientemente en páginas anteriores. Pero no todos lo comprenden así, y entiéndolo de distinta manera, claro es que, bajo una aparente identidad, se pueden expresar conceptos muy distintos.

Por vía de aclaración, expondremos brevemente y rechazaremos tres puntos de vista que juzgamos equivocados.

a) EL BIENESTAR PARTICULAR DE CADA CIUDADANO. — Siguiendo una tendencia socialista, entienden algunos por fomento de la prosperidad general, la acción del Estado dirigida, directa e inmediatamente, a realizar el bien privado de cada ciudadano.

1 Véase J. AZPIAZU: *Fundamentos de Sociología Económico-cristiana*, c. VII (Edit. Bibliográfica española. Madrid, 1949).

Dijimos ya que la acción del Estado debía de ser general, en cuanto era común, y explicamos el alcance de esa acción. Para mayor confirmación añadimos con Pesch que la realización inmediata y positiva del bien privado de cada individuo cae, de por sí, fuera del dominio del fin del Estado.

En efecto: 1) Cada cual es artífice de su propia fortuna. El hombre ha recibido de Dios las facultades y energías que posee para que, con su propio esfuerzo, alcance su bienestar privado. Del Estado debe esperar auxilio y suplemento de su debilidad, pero no la completa eliminación de su esfuerzo personal.

2) De hecho, no podría el Estado, aunque quisiera, cumplir satisfactoriamente con los excesivos requisitos necesarios para la inmediata realización del bien privado de cada ciudadano.

3) Finalmente, quedaría, en tal caso, anulada la libertad civil, por cuanto semejante cuidado por parte del poder público conduciría por necesidad a la completa fiscalización de toda vida privada.[1]

b) La del Estado-Poder. — La segunda equivocación encuentra su fórmula adecuada en el antiguo axioma: "*Salus publica* o *salus reipublicae, suprema lex esto*", aceptado por algunos racionalistas de la época. Según esta interpretación, la prosperidad pública o general no es el bien universal de los ciudadanos, sino el bien de la entidad suprema y abstracta del Estado, al que es menester sacrificar, si es preciso, los intereses particulares y los derechos individuales, que no tienen otro destino que el de servir al Estado como tal.

Este punto de vista crea un antagonismo entre el bien del Estado y el bien común de los ciudadanos, y considera al bien del Estado, como tal, como un bien superior, al que ha de supeditarse el bien común de los particulares. Trastrueca, por consiguiente, lamentablemente los verdaderos términos del problema y, en vez de hacer que el Estado esté al servicio de la sociedad y de sus miembros, sacrifica éstos al Estado. Aparte del peligro que el concepto encierra, puesto que ofrece, a los que detentan las funciones del poder, una fórmula legal por la que pueden reclamar, con daño gravísimo de los ciudadanos, los mayores sacrificios.

---

1 Pesch: *Tratado de Economía nacional*, t. I, n. 75.

Claro es que hay que procurar y fomentar la prosperidad y poder del Estado, como entidad suprema. Pero no como un fin, sino como una condición esencial, como un instrumento que ha de utilizarse para el bien de la sociedad: cuanto más perfecto y poderoso sea el Estado, estará en condiciones de prestar mayores y mejores servicios al bien común de todos, que es su destino. Para eso, el individuo ha de sacrificar parte de sus bienes en aras del bien común. Precisamente, el bien general y superior del orden y de la prosperidad nace de la cooperación de las fuerzas sociales, cooperación que significa, por una parte, la aportación justa y necesaria de esfuerzos y bienes, y por otra, la imposición de restricciones; cosas ambas que implican algún sacrificio. Pero esto no supone una especie de incondicional entrega de bienes particulares a la entidad Estado, con el fin de que éste crezca, se robustezca y perfeccione, sino la racional conmutación de un bien superior por su extensión o valor objetivo, que se espera y exige del Estado, por otro inferior que se sacrifica. Y esto es lo que reclama la ley de la justicia y de la caridad solidaria, que es la que ha de servir de norma para medir esos sacrificios, en cuanto los exija la imperfección humana, la contradicción mutua de intereses y la imposibilidad de salvarlos todos, que lleva consigo la sociedad.

c) La felicidad material o del placer. — El bienestar público, dice Bentham,[1] debe ser el objeto del legislador; la utilidad general debe ser el principio director en toda legislación.

"Pero yo soy partidario de la utilidad pública, en tanto en cuanto la bondad o maldad de un acto público o privado se mida por la tendencia y poder que tenga para producir penas o placeres."

Las palabras justo, injusto, moral e inmoral, bueno o malo, no encierran, para Bentham, otras ideas que las de determinadas penas o placeres, entendiendo las palabras placer o dolor en el sentido vulgar, sin definiciones arbitrarias ni sutilezas metafísicas; lo que sin consultar ni a Platón ni a Aristóteles entienden por ellas todos, desde el paisano al Príncipe; desde el ignorante al filósofo. La virtud no es un bien, si no es por los placeres que de ella se derivan; el vicio no es un mal, si no es por los dolores que puede producir. El bien moral no lo es, sino por su tendencia para producir males físicos, entendiendo por físicos los dolores y deleites del alma, lo mismo que los de los sentidos.

Teoría caprichosa y absurda. Su discusión, por el punto de

1 *Principes de legislation et d'economie politique*, c. I.

vista en que se coloca el autor, corresponde más a la filosofía que al Derecho político. Baja y ciega filosofía la que no alcanza a comprender que en los dolores físicos del alma y de los sentidos pueden encerrarse riquísimos tesoros de bondad moral, y que el cumplimiento del deber y del derecho son con frecuencia penosos, física y moralmente. Lo mismo puede decirse, en sentido contrario, de los deleites. Y es que la bondad o maldad de los actos humanos no está precisamente enfocada con el placer o con el dolor, sino con la naturaleza racional, cuya conformidad o disconformidad dará la pauta para juzgar de la rectitud de nuestra vida.

8. Conclusión. — La teoría que, aceptándola, acabamos de exponer tiene el raro mérito de que, después de haber sido profesada en la más remota antigüedad, confirmada y explicada casi unánimemente en los siglos medios, no ha perdido su vitalidad ni su prestigio decoroso, aun en medio del huracán individualista y socialista de los últimos tiempos, y del turbión totalitario que se ha abatido sobre varios pueblos del mundo civilizado, y hoy vuelve a recobrar de nuevo sus antiguos fueros de primacía, recogiendo a su favor los votos de tratadistas y de Constituciones de muchos pueblos.

Ya Holtzendorff,[1] al reseñar las teorías de Mohl, Zacharía, Shulze y Held, las calificó de teorías armónicas de la moderna ciencia política, como denotando la tendencia actual de la ciencia a confiar al Estado, no un fin exclusivo y único, sino los varios de que hemos hecho mención anteriormente. Y por eso, con razón, ha podido decir en nuestros días Pesch, que "cuando la moderna ciencia política nos habla del derecho y del poder por una parte, y de la cultura y bienestar por otra, como fines del Estado, vuelve con ello a colocarse en el mismo punto de vista general que ha conservado siempre la filosofía cristiana".

En efecto: los tratadistas, alejándose a la vez de las exageraciones socialistas e individualistas, van a buscar la verdad precisamente en el terreno de la ciencia antigua; y si bien varía algo a la terminología, y añaden algún elemento nuevo como el de Poder o la Cultura, y conciben de diferente manera el derecho y la prosperidad pública, siempre giran alrededor de la idea

1 *Principios de Política*, l. III, c. VII, n. 8.

fundamental primitiva, recogida y dignificada por la ciencia cristiana.

Sin embargo, corrientes ideológicas y regímenes contemporáneos, arrastrados por la violencia de una reacción antiindividualista y antisocialista, no han sabido mantenerse dentro del equilibrio sereno de la teoría clásica. El fiel de la balanza se ha desviado de su centro. De ello nos ocuparemos más abajo.

CAPÍTULO SEGUNDO

SUMARIO: 1. Doctrinas individualistas. Principio de la no intervención del Estado. Fin estrictamente jurídico del Estado. Últimas manifestaciones del individualismo. — 2. Influencia de Kant. Juicio crítico. — 3. El orden jurídico como fin del Estado: Krause-Arhens-Santa María de Paredes. — 4. Del individualismo al endiosamiento del Estado. — 5. La moralidad, fin del Estado: Stahl.

1. Doctrinas individualistas. Principio de la no intervención del Estado. Fin estrictamente jurídico del Estado. Últimas manifestaciones del individualismo. — Entre las varias doctrinas modernas respecto a los fines del Estado, se han señalado, sobre todo, dos tendencias distintas y aun opuestas: la del individualismo y la del socialismo. La segunda apareció como una reacción violenta contra la opresión y estragos que en las relaciones y vida económica produjo la primera. Dedicaremos sendos capítulos a la exposición de cada una de ellas, comenzando por el individualismo.[1]

Por punto general, puede decirse que las doctrinas individualistas limitan la acción del Estado a proteger la seguridad y libertad individual, removiendo los obstáculos que tratan de

---

1 Son innumerables los Tratados — libros y folletos — dedicados a exponer temas económico-sociales y jurídico-sociales, que, de alguna manera, rozan con la materia que tratamos en este capítulo y en el siguiente.

Proponer aquí una bibliografía exhaustiva, aparecería fuera de su lugar, dada la índole y los fines de este libro, como apuntamos en la advertencia puesta al principio de este tomo. Y, además, inútil e imposible por el ingente volumen de los escritos sobre esta materia.

Como manuales históricos pueden servir de iniciación y guía RENÉ GONNARD: *Historia de las doctrinas económicas* (Aguilar, Madrid) y GIDE et RIST: *Histoire des doctrines economiques*. Hay una traducción castellana de la 4.ª edición francesa por C. MARTÍNEZ PEÑALVER: *Historia de las Doctrinas Económicas desde los fisiócratas hasta nuestros días*. Editorial Reus, Madrid.

Bibliografía abundante, y orientadora sobre temas económico-sociales ofrece el último libro del P. JOAQUÍN AZPIAZU: *Fundamentos de sociología económico-cristiana*. (Editorial Bibliográfica española. Barquillo, 9, Madrid, 1950.) Véase también de JUAN VENTOSA CALVELL, su reciente y ponderado libro *Breviario de problemas contemporáneos*, cc. III al VIII (Madrid-Plus Ultra, 1950).

perturbarla. Germinó y comenzó a desarrollarse esta teoría principalmente en el campo económico, como una protesta contra las trabas que a su libre desarrollo oponía el absolutismo del Estado y el poder de ciertas corporaciones. Pronto se convirtió en uno de los principios fundamentales del liberalismo económico, propugnado por los fisiócratas y economistas clásicos en Francia e Inglaterra, y no tardó tampoco en pasar a la esfera política, llegando a formularse, respecto de los fines del Estado, axiomas radicalísimos, que, por desgracia, ejercieron decisiva y deplorable influencia en la vida de las sociedades.

Conocida es la frase de "*laisser faire, laisser passer*", como principio de gobierno; la afirmación de que el Gobierno es un mal necesario que hay que suprimir en cuanto sea posible; la de que gobernar un pueblo no es más que ejercer la industria de seguridad; y de que el impuesto no es sino la prima del seguro que el ciudadano paga al Estado, como pudiera hacerlo a cualquiera sociedad de seguros.

Claro es que estas exageraciones nunca llegaron a cristalizar en la práctica en ningún Estado, ni aun en los tiempos de mayor exaltación de los ideales individualistas, y que, aun en labios de sus partidarios, encuentran atenuaciones que las desvirtúan por completo, prueba evidente de su inconsistencia e inexactitud. Escuchemos a los principales defensores de estas doctrinas.

Los fisiócratas (primera mitad del s. XVIII) en Francia, enamorados del orden natural que, por sí mismo, se manifiesta al hombre, suponen que las leyes naturales espontáneamente se abren camino y siguen su curso normal, haciendo inútiles la mayor parte de las leyes positivas. Por eso, reducen la labor legislativa al mínimum posible: al reconocimiento y sostén de las leyes naturales, procurando que, por sí, la naturaleza realice su obra. No por eso son partidarios de la falta de autoridad, ni siquiera de una autoridad democrática; al contrario, la quieren única y casi despótica; pero en radio limitadísimo. "Que la autoridad soberana sea única y superior a todos los individuos de la sociedad y a todas las empresas injustas de intereses particulares, porque el objeto de la dominación y de la obediencia es la seguridad de todos y el interés lícito de todos".[1] Pero este

1 QUESNAY: *Maximes.*

despotismo tiene poco campo en que emplearse, pues las funciones de los gobernantes se reducen "a no impedir el bien que se hace espontáneamente y a castigar al pequeño número de personas que atentan a la propiedad privada". Por lo demás, el orden natural, cuyo mantenimiento debe procurar el Gobierno, se reduce principalmente: 1) a la propiedad privada, en todas sus formas; 2) a la instrucción universal, sobre todo de la existencia del orden natural y de los medios de reconocerla; y 3) los trabajos públicos... de caminos y canales, ventajosísimos para poner en relación la propiedad natural inmueble.[1]

Adam Smith en Inglaterra proclamaba lo que defendían en Francia los fisiócratas. "Limitando principalmente sus estudios a la esfera económica, proclamaba que todos los sistemas de preferencia o de restricción habían fracasado, y que el sistema evidente y sencillo de la libertad natural se establecía por sí mismo. Cada hombre debe ser libre de perseguir su propio interés de la manera que mejor le convenga, con tal que no viole la justicia..." Y el Gobierno queda descargado completamente de un deber que le había de exponer a mil decepciones, si tratara de cumplirlo, puesto que, para ello, ninguna prudencia ni ciencia humana son suficientes: el deber de vigilar el trabajo de las personas privadas y de dirigirlas a los empleos más conformes al interés social.

Sin embargo, el sistema de no-intervención del Estado en Adam Smith tenía sus límites, aun en la esfera económica; así el Estado puede establecer la tasa legal del interés, restringir la libertad de los Bancos... Pero, sobre todo, entran dentro de la misión del Estado: 1) el defender la sociedad de todo acto de violencia o invasión por parte de otras sociedades; 2) crear y sostener ciertas obras públicas y ciertas instituciones que el interés privado no podría establecer jamás, porque sus rendimientos nunca compensarán el sacrificio exigido a los particulares.

En decadencia el individualismo radical a principios del siglo XIX, volvió a levantarse y dominar hacia la mitad del siglo, en la llamada escuela liberal francesa, con Bastiat, etc., a la

---

1 CH. GIDE y CH. RIST: *Historia de las doctrinas Económicas.* Reus. Madrid; RENÉ GONNARD: *Historia de las doctrinas económicas;* J. AZPIAZU: *Fundamentos de sociología económico-cristiana,* c. XII.

que coadyuvaba Stuart Mill. Verdad que este escritor inglés, en la última parte de su vida, se inclinó mucho al socialismo, marcando de esa manera la nueva decadencia de la escuela que hoy está en pleno ocaso.

Los principios del mismo sistema en su resurgimiento, son, en cuanto se refieren a nuestro objeto, idénticos a los antiguos; y se reducen a la no intervención del Estado en todo lo que no sea el mantenimiento del orden y de la libertad individual, en la que ponen todas las fuentes del bienestar general.[1]

Las escuelas individualistas (lo mismo que las socialistas) no han dejado de sentir, en nuestros días, la influencia reformadora de los grandes movimientos político-sociales contemporáneos.[2]

Limitándonos, de momento, al sistema liberal individualista, durante el último medio siglo han ido en declive su prestigio y su autoridad. Ese descenso se ha manifestado principalmente en los hechos y en la vida misma de las naciones. El estatismo, es decir, la intervención pública, en casi todas las esferas de la vida, ha ido acentuándose cada día más en forma sobre todo de restricciones a la libertad de las convenciones. Ello no impide que los teóricos no hayan pretendido mantener incólumes las líneas fundamentales de la doctrina de la libertad y de la inhibición del Estado. Pero no han faltado en el mismo campo quienes, reconociendo las transformaciones en la economía moderna, intenten una nueva adaptación del sistema a las nuevas exigencias de la realidad. Así nació el neo-liberalismo.

El neo-liberalismo reconoce que las circunstancias actuales justifican la intervención de los poderes públicos en la organización económica. Porque el capitalismo, libre de todo freno y dirección estatal, lleva a situaciones incompatibles con la justicia y en pugna con la libertad de muchas gentes. De la misma manera, la concurrencia, si no se la vigila de cerca, desemboca precisamente en el monopolio.

Ahora bien: los neo-liberales, inspirándose en la ortodoxia de su doctrina y en la idea de la inhibición del Estado, sostienen que el Estado debe intervenir, pero debe intervenir para evitar que desapa-

---

1 Llegan algunos a verdaderas aberraciones, no sólo políticas y económicas, sino del orden moral y natural; como cuando Stuart Mill, en su libro "La Libertad", compara la bendición de una familia numerosa a la degradación de la borrachera, y afirma que "no puede esperarse que pueda hacer progreso la moral, en tanto que no se mire a las familias numerosas con el mismo desprecio que la embriaguez o cualquier otro vicio corporal". Pide, como consecuencia, que la ley prohiba el matrimonio a los pobres.

2 Véase GAETAN PIROU: *Introduction a l'économie politique. L'etat actuel de la pensée économique*, pp. 272 y sg. (Sirey, París, 1939) y *Neo-capitalisme, neo-socialisme, neo-corporativisme.* (París, Gallimard.)

rezca la libre concurrencia y para que subsista de hecho la libertad. Proponen, por lo mismo, la promulgación de medidas públicas, aun legislativas, cuya finalidad había de ser la protección legal de la libertad del individuo y de la lealtad en las transacciones contra los peligros absorbentes del capitalismo moderno. Es decir, que la misión del Estado continúa siendo como antes: el mantenimiento y defensa del campo libre, del juego libre de las fuerzas económicas y sociales. En la práctica, a pesar de la contraposición de ideales radicalmente opuestos (y esta advertencia tiene lo mismo lugar al tratar del neosocialismo), hay una mutua compenetración de influencias y direcciones que preparan el camino a sistemas y procedimientos intermedios.[1]

En medio de tanteos y a través de obstáculos, escribe G. Pirou, se dibujan y se realizan soluciones prácticas que tratan de conciliar, en lo posible, las necesidades del orden, la voluntad de los interesados y el respeto a las leyes económicas. Para ello se confía, primero, a la profesión, por el intermedio de sus órganos más representativos, el cuidado de deducir una regla o norma común; se concede luego al Estado la facultad, si lo juzga útil, de transformar la voluntad profesional en un estatuto general obligatorio; y finalmente, se le exige que coordine los diversos intereses profesionales con el interés general — he ahí las líneas generales del régimen al que nos acercamos. — Economía dirigida ¡Corporativismo moderado y parcial!

En resumen, concluye el mismo autor, en el extranjero como en Francia se viene a parar a un régimen mixto. Permanecen muy vivas las iniciativas particulares. Sobre ellas, y encuadrándolas y limitándolas, el grupo profesional realiza una función reguladora. En la cumbre, en cuanto puede alcanzar con sus cortos medios, con una competencia técnica muy relativa, y una autoridad a veces dictatorial, a veces bonachona y patriarcal, el Estado controla los intereses particulares, con frecuencia con mejor buena voluntad que éxito, para coordinarlos entre sí, puesta la mira en el interés general.[2]

2. Influencia de Kant. Juicio crítico. — Pero fué Kant. con el prestigio de su autoridad científica, quien, desglosándola del campo económico, dió carácter más definitivo y eficaz a la teoría del fin estrictamente jurídico del Estado. Conforme a sus ideas filosóficas, para la asignación de los fines del Estado, partía de su

---

1 Véanse: W. LIPMANN: *La cité libre* (Librairie de Medicis, 1939); S. ROUGIER: *Les mystiques économiques* (Ibidem); H. C. SIMONS: *A positiv Programm for Laisser-faire* (Chicago, 1936).

2 V. G. PIROU: *Neo-Liberalisme, Neo-Corporatisme, Neo-Socialisme.* Gallimard. París, 1939. Dme. Partie.

definición del Derecho, que no es sino "el conjunto de condiciones, bajo las cuales, en un régimen universal de libertad, la libertad de cada uno puede coexistir armónicamente con la libertad de los demás". En consecuencia, limita la acción y fin del Estado a la declaración y garantía de este derecho. Por lo mismo, la misión del Estado se reduce a declarar y mantener aquellas reglas y condiciones externas e indispensables, para que todos los ciudadanos, armónicamente, puedan disfrutar de la libertad general, y de la seguridad de sus derechos personales. El fomento de la prosperidad común y de la perfección individual queda encomendada a la iniciativa y fuerzas de los particulares, ya aisladamente, ya por asociaciones de carácter privado.

Esta teoría del fin estrictamente jurídico, conservando quizá el mismo nombre, ha cambiado poco a poco de contenido; y sobre todo, en manos de Krause y Arhens, ha sufrido una total transformación. Pues, de tal manera ha ensanchado el concepto de derecho que, en nombre de él, penetra en todas las esferas de la vida, sometiéndolas a su dirección y dominio. De ello nos ocuparemos más tarde.

JUICIO CRÍTICO. — *a*) Es teoría incompleta y falsa. Porque es evidente que el fin que se asigna al Estado no puede estar en pugna con la índole y la naturaleza que, de por sí, tiene la institución misma del Estado. Ahora bien: no hay ninguna obra, ninguna institución de carácter natural, cuyo destino se ciña a la conservación y como duración inmutable y petrificada de sí misma; muy al contrario, todas las cosas, por un impulso que arranca de las entrañas mismas de su ser, tienden a su perfección, no ya negativa, sino positivamente. Pero la mera armonía de la libertad externa sólo lleva consigo la posibilidad de la existencia del Estado; es base, aunque necesaria, sólo negativa, para su conservación y perfección. Y la dirección y progreso en la perfección social dependen del uso que se haga de esa libertad, y no meramente de la eliminación de los estorbos que a ella se opongan.[1] Y tan evidente es esto, que no ha habido ningún Estado, ni aun en los tiempos de más prestigio para las ideas individualistas, que haya limitado su acción a la mera tutela del de-

1 MEYER: Op. cit., t. 2, n. 305.

recho; antes bien, se han creído en el deber de interesarse en el fomento de la riqueza, de la cultura, del comercio, del bienestar nacional.

b) Además el sistema de "*laisser faire, laisser passer*", y el de la mera armonía de las libertades individuales, en la esfera en que con más amplitud se ha aplicado, en la economía, ha producido desastrosos efectos, como la del pauperismo al lado de la más prepotente plutocracia y sometido a ella; desequilibrio social que ha prestado armas muy eficaces a las ideas socialistas.

Y es que el individualismo destruye la base de la vida económica justa, la libertad e igualdad en los elementos que intervienen en los contratos de trabajo. Pues bien: aparte de que los desastrosos efectos producidos en la vida económica repercuten vivamente en la vida total del Estado, es evidente que los mismos principios individualistas, aplicados a otras esferas, han de conducir a similares consecuencias perniciosas, como lo ha comprobado la experiencia.

c) Por fin, esta doctrina de la tutela estricta del derecho y del mantenimiento de la libertad armónica externa, priva a la acción del Estado de todo fundamento ético, moral y religioso; lo cual es contrario a su naturaleza y acarrea funestas consecuencias.

Es contrario a su naturaleza, porque la sociedad es una entidad de carácter esencialmente moral, con aspiraciones, fines y responsabilidades morales que le ligan a su último fin y destino. Por consiguiente, el prescindir sistemáticamente de principios morales en el principal resorte de la vida de la sociedad (la acción del Estado), además de desnaturalizar esa acción, es tratar de suprimir esos principios morales en la vida misma de la sociedad, en las relaciones sociales. Y las acciones humanas, huérfanas de la dirección moral, se dejarán arrastrar de otros móviles naturales, como el egoísmo sin límites, que ha de engendrar rivalidades sin frenos. Las funestas consecuencias no se dejarán esperar: al lado quizá de un resurgimiento momentáneo y brillante de la industria y del comercio, vendrá la corrupción de costumbres y la aparición de una numerosa clase desheredada, llena de miseria, de odios y de rencores, en actitud de una lucha desesperada, que ponga en peligro todos los valores, reales y fingidos, de nuestra civilización.

3. El orden jurídico como fin del Estado: Krause-Arhens-Santa María de Paredes. — Decíamos que la teoría kanciana, del fin estrictamente jurídico, había sufrido una radical transformación en Krause y sus discípulos.[1]

"Cuando hablamos del derecho como fin fundamental del Estado, dice Arhens, concibiendo a éste por su esencia como el Estado de derecho, debemos tener presente desde luego, que el derecho no tiene su último fin en sí mismo, sino en la cultura humana. Síguese de aquí, que es necesario señalar al Estado, desde dos puntos de vista distintos, un doble fin: un fin inmediato, directo, el del derecho; y un fin indirecto, pero final, consistente en la cultura social. Esta distinción se ha presentado en la mente de bastantes autores; pero ninguno de ellos, a excepción de Krause, ha hecho ver la relación, íntima y necesaria, que existe entre el derecho, como fin directo, y toda la cultura final.

El objeto del Estado, por lo que respecta a toda la cultura social, está desde el punto de vista más general, determinado por el principio de que toda la actividad del Estado debe esencialmente llevar la huella del carácter mismo de la noción del derecho. Pues el derecho, como hemos visto, es un principio formal, una regla, una idea de orden y de organización, y, por consiguiente, la misión esencial del Estado puede consistir en arreglar, en ordenar las relaciones de vida y de cultura, sin intervenir en las causas y fuerzas productivas que están situadas fuera de su dominio y de su acción.

Podemos resumir esta misión del Estado en dos términos muy precisos, diciendo que la acción del Estado se distingue de la de todas las otras esferas sociales, como la idea de condición se distingue de la causa. Estas dos ideas, en verdad, están todavía, con frecuencia, confundidas en las ciencias naturales como en las ciencias éticas; pero son las únicas propias para dar a nuestro asunto la solución precisa. El Estado, realizando por todas las esferas de la vida las condiciones de su existencia y de su desarrollo, debe solamente apropiar estas condiciones a la naturaleza y a las leyes de las causas que son activas en las diversas esferas, sin ponerse en el lugar de su esfera o de su

---

1 ARHENS: *Curso de Derecho natural*, l. II, 1.ª div., c II; SANTA MARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Político*, P. 1.ª, sec. II, c. II.

acción, sin querer dominar las fuerzas causales del orden social, sin alterarlas o darlas una dirección contraria a su naturaleza."

"Las causas intelectuales, morales, religiosas y económicas son los primeros poderes, las fuentes inmediatas de la vida, y el poder del Estado no puede consistir más que en mantener abiertamente las fuentes de vida de donde brotan, por impulso propio y libre de todas las fuerzas individuales y reunidas, los bienes que forman el alimento siempre creciente de la vida social; y, por otro lado, debe velar porque se establezca una justa relación entre todas las fuentes, fuerzas y bienes para que se forme en la sociedad una atmósfera saludable de influencias recíprocas propias para favorecer el crecimiento general..."

"Mantener, en cierto grado, el equilibrio, la proporción, la armonía entre las diversas ramas del trabajo social de cultura, contener, sobre todo, los evidentes extravíos y protuberancias, he aquí la función importante que el Estado debe llenar..."

Esta acción se manifiesta en las tres funciones orgánicas del derecho: 1) en reconocer la naturaleza propia, la independencia, la autonomía de todas las esferas de vida que persiguen sus fines distintos del jurídico y político; 2) en separar, en el terreno que se deje libre al movimiento dejar hacer, dejar pasar, los obstáculos harto grandes para ser vencidos por fuerzas individuales; 3) en imponer a la libertad de cada uno límites necesarios para la coexistencia de la libertad de todos, y en someter, para el mantenimiento de la paz interior, todas las disputas a los tribunales; 4) en favorecer directa y positivamente todo el desarrollo social...

"La teoría que acabamos de establecer, demuestra que el Estado no es un Estado de derecho abstracto, y que tampoco es, por su fin directo, un Estado de cultura o un Estado de humanidad, sino el Estado de derecho, para el fin último de toda la cultura humana o de la humanidad; es decir, que es el orden especial que concurre a la realización del destino humano, por medio del derecho, como las demás esferas cooperan por su fin especial. Por el derecho, el Estado, pone todas las esferas de vida en las justas relaciones de acción, se hace el intermediario para la comunicación de todos los bienes generales, y se presenta como el mediador general del destino humano."

"Sin embargo, este fin ideal puede modificarse legítimamente en la realidad histórica, según el estado más o menos adelantado de la cultura de un pueblo..."

4. Del individualismo al endiosamiento del Estado. — La teoría de Krause y Arhens, aunque en su apariencia literal parece ce-

ñirse al fin estrictamente jurídico, al fin de derecho, como una derivación explicativa del pensamiento de Kant y los individualistas; en el fondo, pasa mucho más allá, abarca y domina todos los fines sociales y humanos; y la intervención estatista que pregona en todas las esferas sociales y aún humanas, es total, absoluta e inapelable; y conduce lógicamente al Estado omnipotente, base segura del despotismo.

Abarca, dominándolos, todos los fines humanos. Porque fin del Estado es arreglar, ordenar todas las relaciones de vida y de cultura; dirigir y relacionar entre sí todas las actividades intelectuales, morales, religiosas, económicas; reglamentar las instituciones que brotan de esas actividades, las familiares, religiosas, económicas, etc. Por consiguiente, con el cetro del derecho en la mano, el Estado penetra y llega a toda clase de actividades humanas, sin límite concreto ni definido.

Claro es que su intervención ha de respetar la "fuente causal de la actividad", o, como dice Santa María de Paredes, no debe intervenir en la labor técnica de la actividad; pero sí en la organización formal; es, pues, el supremo organizador y ordenador de toda actividad humana.

Pero, además, esa intervención es absoluta, incondicionada. En la teoría de Arhens no aparece, no existe un supremo ordenador de las cosas que ha hecho y que ha ordenado la naturaleza física y moral, dándola leyes y normas de vida que el entendimiento conoce y la voluntad acata, y que el Estado debe reconocer y acatar. El Estado de Arhens no reconoce, ni supone ese primario Ordenador de quien pudiera él proclamarse mandatario o tutor, obligado a observar previas normas directivas y con la misión de declararlas, determinarlas y completarlas. Prescinde en absoluto de Él, o mejor dicho, se pone en su lugar. De donde resulta una especie de divinización del Estado, creador absoluto o independiente del derecho, que establece las justas relaciones de todas las esferas de la vida y se ofrece como "el mediador del destino humano".[1]

---

1 El origen filosófico de esta teoría jurídica es: o el panteísmo, según el cual, el Estado resulta la suprema manifestación del derecho, la razón y la voluntad universal; o la escuela histórica, para la que no existe otro derecho que el positivo, siendo el Estado, por institución divina, única y suprema fuente del orden jurídico; o cierta concepción divina del Estado, organismo ético destinado a dirigir todo cuanto se refiere, no sólo al orden social, sino a la prosperidad, cultura y vida humana en el mundo.

El dominio absoluto y despótico del Estado es consecuencia indeclinable de tales premisas. Tan sólo la vida moral queda afuera del alcance del Estado; pero la tal vida moral, en Arhens, queda encerrada y reducida a la región interna de la conciencia y de la fe. No hay actividad, institución de fundamento natural, de carácter religioso, que escape a su ordenación inapelable: matrimonio, Iglesia... todo cuanto se refiere a la vida, a la cultura, a la perfección humana. Por eso decíamos que era la divinización del Estado y la justificación de todos sus despotismos.

5. La moralidad, fin del Estado: Stahl. — Algunos pocos autores entienden que el fin del Estado es procurar el perfeccionamiento moral del hombre, la realización efectiva de la ley moral en la tierra. El principal defensor de esta teoría es F. J. Stahl.[1]

Vimos ya, en el capítulo precedente, cómo y en qué sentido la moral, propiamente, cae fuera del campo de la acción del Estado. Nos limitaremos, por lo mismo, a dar aquí una ligera idea del pensamiento de Stahl. La misión del Estado, según Stahl, se funda en el servicio de Dios. Representando la soberanía de Dios en lo concerniente a la vida social, el Estado tiene el encargo de hacer observar los preceptos divinos, justicia, honestidad y moralidad. Según las Sagradas Escrituras, la autoridad, instituída por Dios, está además llamada a servirle. Su poder y su derecho son emanaciones divinas, pero, no solamente en el sentido general, como ocurre con todo derecho y poder, sino en sentido específico, por ser la autoridad directa del mismo Dios. El fin del Estado, pues, no es simplemente el cumplimiento de las prescripciones morales; debe dirigirse al servicio de Dios, y erigir un imperio a la gloria divina".

Pero hay que completar estas afirmaciones de Stahl con el concepto que él se había formado de la moral. La moral, según el catedrático alemán, ofrece dos aspectos: el primero, es la moral en cuanto tiende a reproducir en el hombre la imagen de Dios; el segundo, en cuanto tiende a conservar el orden en el mundo, según la idea de Dios.

---

1 STAHL: *Filosofía del Derecho;* HOLTZENDORFF: *Principios de Política*, l. III, c. VII, n. 7; MEYER: *Institutiones juris naturalis*, t. II, nn. 553 y 506.

El primer aspecto (la santificación personal) es el que se realiza en la conciencia de cada uno, y es obra directa e inmediata del mismo Dios. El segundo aspecto de la moral, el orden externo humano, el reino externo de Dios, es obra que Dios quiere que se realice por ordenación y autoridad humana. Esta ordenación, por institución divina y según los preceptos de Dios, es lo que corresponde al Estado. Pero en tal forma, que si acaso ese orden de derecho (el orden jurídico), por nuestra naturaleza caída, se aparta de la ordenación originaria divina y aun le fuere contraria, conservaría, a pesar de ello, toda su autoridad y fuerza obligatoria.

CAPÍTULO TERCERO

SUMARIO: 1. Las doctrinas socialistas. Indicaciones históricas. — 2. Origen del socialismo moderno. — 3. Los fines del Estado según la escuela socialista: Marx y Menger. Variedad de matices. — 4. Socialismo de Cátedra o de Estado: Wagner y Rodbertus. — 5. Crítica de la teoría socialista respecto de los fines del Estado. — 6. Últimas manifestaciones del marxismo.

1. Las doctrinas socialistas. Indicaciones históricas. — Como las doctrinas individualistas, así las doctrinas socialistas germinaron y brotaron en el campo económico. "Está completamente fuera de toda duda, dice Schäffle, que aquí se trata de una doctrina económica; es, ante todo y sobre todo, cuestión de estómago. Y tal cuestión es producto de una revolución honda y fundamental en la organización de la transformación social de la materia (o producción en general), es decir, de un fenómeno económico, del hundimiento del sistema industrial de la burguesía".[1] "En el Estado socialista, prosigue Schäffle, los medios de organizar toda producción y toda circulación, serían propiedad común de la sociedad, cuyos órganos colectivos, de una parte, coordinarían todas las fuerzas separadas y dispersas del trabajo, para fundirlas en la organización del trabajo colectivo, y, de otra, distribuirían todos los productos de tal coordinación social a prorrata del trabajo de cada uno".

De igual manera se expresa Cathrein:[2] "Llamamos nosotros al socialismo sistema económico, no precisamente porque en la esfera política deje de aspirar a reformas que cambien el orden actual, sino porque la quinta esencia del socialismo está en la nacionalización y socialización de los medios de producción y en la organización pública de la producción y reparto de bienes. El socialismo, a lo menos como hoy lo conciben sus partidarios, es, ante todo y sobre todo, un sistema económico,

---

1 *Quinta esencia del socialismo.* Trad. de Posada, p. 3.
2 *El socialismo.* Trad. de Aznárez, p. 14.

y solamente en segundo lugar y con la debida subordinación al plan económico, encajan en él la política, las relaciones de familia, etc."

Pero es lo cierto que, aunque indirectamente, de la esfera económica ha pasado, como el individualismo, a la esfera política, por la sencilla razón de que, sin la transformación radical de la organización actual del Estado, se supone que no puede conseguirse la transformación económica a que se aspira. Uno de los puntos en que se nota la ingerencia del socialismo en la política es en el problema de los fines del Estado.

Antes del socialismo moderno, más que sistemas socialistas hubo instituciones, ideas, conatos, hasta divagaciones y novelas socialistas, sin que lograran concretarse en aspiraciones populares conscientes y duraderas, ni en una teoría científica de contornos bien definidos.

La comunidad que describe y recomienda Platón en el libro V de su *República*, no pasa de ser una utopía o fantasía social, cuya inconsistencia puso al descubierto Aristóteles en su *Política*.[1] Las razones que el ilustre filósofo opuso a las elucubraciones platónicas, llenas de sano realismo, tan característico en él, aún conservan todo el vigor de un raciocinio trascendente que las hace inexpugnables e incontrovertibles.

Recuerdan otros, como atisbos de carácter socialista, las sublevaciones de los esclavos en Roma (protestas sangrientas y colectivas contra su injusta e inhumana situación personal), las voluntarias donaciones de sus bienes que algunos cristianos, en los primeros tiempos de la Iglesia, hacían a los Apóstoles para que los empleasen en la común manutención de los cristianos. En aquellos generosos desprendimientos se apoyaron también, más tarde, algunas sectas cristianas para atacar la propiedad privada, que la consideraban como incompatible con la doctrina social del cristianismo. Pero aquellos desprendimientos de los primeros cristianos, fundados en el espíritu de caridad, que no se detiene en los límites de la estricta justicia y de la ley, sino que se adentra en los dominios del consejo, eran donaciones meramente voluntarias y aisladas, que no podían tener el carácter obligatorio y general de las reglas de derecho; no se fundaban en las normas de un sistema político y social que la naturaleza de las cosas exigieran.

Tampoco Santo Tomás Moro, por su libro "*Utopía*", debe considerarse precursor del socialismo moderno.

---

1 L. II, nn. 2 y 3.

2. Origen del socialismo moderno.[1] — "Las raíces del socialismo moderno, dice muy bien Cathrein, hay que buscarlas, ante todo, en el desarrollo de la industria y de las relaciones sociales que esto lleva consigo, desde fines del siglo XVIII."

Los progresos de la técnica industrial y comercial, la libre concurrencia sin frenos ni límites razonables, si bien obtuvieron éxitos materiales de producción y aumento de riquezas, produjeron al mismo tiempo la división de la sociedad en dos clases: la del capital y la del trabajo manual, que se miran con recelo y hasta odio; trajeron la aglomeración de muchedumbres sin patria, fluctuante en ciudades y centros productores, que iban creciendo de manera monstruosa. En esa multitud se ha deshecho la familia y han hecho presa la inmoralidad y el alcoholismo y el más burdo materialismo, y a ello ha contribuído no poco el abandono espiritual en que las clases adineradas la han dejado, sin que, por otra parte, hayan tenido inconveniente en hacer ostentación ante ella de su lujo y desenfrenado bienestar.[2]

La protesta brotó. El revolucionario Francisco N. Babeuf redactó un programa colectivista, en el que suprimía la propiedad privada, que consideraba como la causa de la desigualdad de los hombres, y al tratar de llevar a la práctica sus intentos por medio de las sociedades secretas, subió al cadalso, como tantos otros de aquella era de libertad.

Pero los efectos de la concurrencia desenfrenada y el germen de las doctrinas materialistas, siguieron actuando constantemente, y fueron saliendo a luz manifestaciones de carácter socialista, teóricas unas, de carácter práctico otras. El conde ENRIQUE SAINT SIMÓN y CARLOS FOURRIER pueden considerarse como los representantes teóricos del socialismo naciente. Del principio de la escuela liberal de que "el trabajo, y sólo él, es la fuente y raíz de todo valor", dedujo Saint Simón que el trabajo debe ser el regulador de las instituciones sociales, y que los trabajadores deben ser los que ocupen los primeros puestos en la escala social. Fourrier proclamó el principio del derecho al trabajo, que imponían a los poseedores de bienes la obligación de entregarlos a la explotación de todos, sin que por eso se vieran despojados del derecho de propiedad, e imaginó los *falansterios*, edificios ocupados por falanges o comunidades de trabajadores.

---

1 J. J. CHEVALIER: *Les grandes oeuvres politiques de Machiavel a nos jours*, p. 253. (H. Colin, 1950.)
2 CATHREIN, c. I, art. 11-2.

OWEN y CABET ensayaron el establecimiento de colonias o comunidades socialistas que, por lo general, fracasaron ruidosamente.[1]

Pero esos fracasos prácticos no han detenido el movimiento socialista que ha arrastrado a grandes masas humanas y lanza programas políticos y sociales, como los únicos fundados en justicia y los más aptos para conseguir el bienestar de los fines humanos.

Suele considerarse como el representante más genuino del socialismo científico moderno a CARLOS MARX, si bien sus ideas han sufrido no leves modificaciones a través de sus discípulos.

3. Los fines del Estado según la escuela socialista: Marx y Menger. Variedad de matices. — Sueña Marx en un Estado cuyo único fin ha de ser proveer, por sí mismo, a la satisfacción colectiva de las necesidades materiales de los miembros de la comunidad. Los otros fines humanos son secundarios y siguen el impulso y dirección que les señala la vida económica, amoldándose a sus exigencias. Debe ser, por lo tanto, el Estado el único propietario y el único explotador de los medios de producción, sobre la base de la cooperación de los trabajadores libres; siendo el fruto del trabajo propiedad común de la sociedad. Para el reparto, separada siempre la parte que se destina a las necesidades generales de la sociedad, deben distinguirse dos épocas. En la primera, que es la de transición del antiguo régimen al régimen socialista, el reparto es proporcional al tiempo del trabajo prestado, de modo que cada productor recibe exactamente lo que ha dado. En la segunda etapa de la organización socialista perfecta, se dará a cada uno, según su capacidad, según sus necesidades.

Para llegar a este sistema de Estado, único y total proveedor de las necesidades sociales, y darle algún fundamento científico, dice Fr. Engels que debemos a Marx "dos grandes descubrimientos: la concepción materialista de la historia y la divulgación de la producción capitalista por medio del aumento del valor". Las ideas capitales de este gran descubrimiento son:

1. No hay dualismo entre la materia y el espíritu; todo cuan-

---

1 La *New-Armony*, que fundó OWEN en la Indiana, se arruinó rápida y definitivamente. De la *Icaria* que CABET fundó a mediados del siglo XIX, en el Estado de Illinois, después de varia y accidentada vida, escribía en 1895 un periódico de Cincinati, lo siguiente: "La comunidad comunista establecida al E., a unas tres millas de nosotros, con el nombre de Icaria-Community, tras largas y estériles luchas, se ha arruinado por completo. Debe imponerse un tutor que reparta los bienes remanentes entre los colonos y sus herederos".

to existe es sólo materia y transformación de la materia. Fuera de la naturaleza y de los hombres, no existe nada, y esos seres superiores que creó nuestra fantasía religiosa no son más que una reflexión fantástica de nuestro propio ser.

2. En las instituciones y relaciones humanas nada hay invariable; todo está en constante y fatal evolución. Y el elemento impulsor y directivo de esa evolución incesante no es sino la producción y cambio de productos.

3. Todo progreso histórico se realiza mediante la formación de antagonismos económicos y luchas de clases. Ese antagonismo está provocado actualmente por el sobreprecio que el capitalista arranca injustamente al obrero y va acumulando al capital. Por eso, el sistema capitalista no puede subsistir, y necesariamente acarreará, él mismo, la dominación socialista.

Fúndase, como se desprende claramente de lo dicho, el sistema marxista en el más burdo materialismo, en la evolución panteísta, en el fatalismo histórico y en la teoría del sobreprecio de que se incauta injustamente el capitalista. Conduce a un Estado que no admite otros fines que los fines económicos, o si admite algunos otros los relega a segundo término, y pone la realización total y absoluta de esos fines en manos del Estado.

Teorizantes y masas socialistas disienten de Marx en muchos de esos extremos, sobre todo en los que se refieren a sus bases fundamentales; pero convienen en el postulado de la nacionalización de los medios de producción, que ha de poner en manos del Estado la dirección absoluta de la vida económica, desde la producción de las riquezas hasta su reparto definitivo.

Oigamos cómo recoge MENGER, los ideales socialistas, en cuanto se refieren a los fines del Estado, en su libro "*L'Etat socialiste*".[1] "El Estado socialista, reducido a su fórmula más general, consiste esencialmente en que los intereses individuales de las masas populares formen el objeto principal de su actividad."

"El fin que persigue el Estado de fuerza (del régimen capitalista) consiste esencialmente en la defensa contra los enemigos de fuera y, dentro, el mantenimiento del equilibrio entre las fuerzas establecidas. El Estado popular del trabajo (el socialista) tiene, por el contrario, por fin esencial, organizar el trabajo intelectual y manual de los ciu-

1 V. en especial, l. I, cc. 4 y 7; l. III, c. I. París, 1904.

dadanos y la repartición de las riquezas producidas, en interés y bien de la población toda" (pp. 63-64).

"Pero los intereses vitales de la masa no son esencialmente, como se figuraban todavía los hombres de la revolución francesa, los fines políticos, porque la participación en la dirección del Estado no tiene para la clase proletaria otro cáracter que el de medio. Los fines primordiales y esenciales de cada uno son la conservación y desarrollo de la existencia individual, la propagación de la especie, en una palabra, la seguridad de la vida y de la salud. Una alimentación suficiente, morada habitable, vestido decoroso, satisfacción de necesidades intelectuales, una vida regular de familia, en una palabra, la integridad de la existencia corporal, he aquí lo que para cada uno es y debe ser el objeto de sus aspiraciones... Y es de considerar como un vicio fundamental de nuestra sociedad el que para ella estos fines, los más importantes y universales de todos, correspondan a la esfera de los asuntos privados que cada uno regula, a su riesgo y en la medida de sus fuerzas" (pp. 28 y 29).

Según estas ideas, puede afirmar lógicamente Menger que, propiamente, "los Estados no tienen (pág. 222) un fin propio que se derive de su naturaleza como tal Estado. Porque no son los Estados, considerados en sí mismos, los que tienen un fin, sino los hombres dueños de los mismos. El Estado es la suma de los individuos que cohabitan en un mismo país, bajo una autoridad suprema". Lo que ocurre es que, en cada época, los intereses de los grupos sociales dominantes se proclaman como si fuesen idénticos al bien general y se erigen en fines supremos del Estado. Viene, en primer lugar, la clase directora, de los que detentan el poder (monarcas, príncipes y Gobiernos republicanos); después, la nobleza y el alto clero, la burguesía o la clase media; finalmente, la clase más numerosa, la de los que no poseen, la clase obrera. Cada una de esas clases persigue sus fines propios, el poder y la magnificencia — el privilegio, — la posesión material o intelectual — la seguridad de sus condiciones de existencia — y según que por su número, cohesión y fortaleza dominen en la sociedad, imponen sus propios fines, equiparándolos con los fines del Estado (Ibídem).

En resumen, puede concluirse con Menger, que el objeto principal (si no único) de la actividad del Estado son los intereses materiales de las masas populares, para lo cual asume en sí la organización y dirección del trabajo intelectual y material de los ciudadanos y el reparto equitativo (por igual) del fruto de ese trabajo.

Por lo demás, las variantes del socialismo son muchas. Su

irreligiosidad es patente y debe considerarse, al menos de hecho, como una de sus notas esenciales[1], muy acentuado en la última derivación comunista.

La mayor o menor amplitud de los objetos a que se aplica la doctrina socialista da lugar al socialismo: *a*) comunista, que persigue la supresión de toda clase de propiedad privada; *b*) colectivista, que la reclama sólo para los medios e instrumentos de producción; *c*) agrario, que se limita a la socialización sólo de la tierra.

El *sindicalismo*[2] trata de llegar a la socialización de los bienes por medio de sindicatos o asociaciones profesionales. El sindicalismo revolucionario utiliza para llegar a ese fin toda clase de medios violentos, como la huelga general, la destrucción de los instrumentos de trabajo, etc.; y el sindicalismo reformista pretende encerrar la acción de los sindicatos dentro de las vías legales.

Los *revisionistas* combaten el materialismo histórico de Marx y, en las transformaciones sociales, conceden gran influencia, además del elemento económico, a la religión, al arte, la justicia, el honor. Proclaman la atenuación de la lucha de clases y prefieren caminar al sistema colectivista por la práctica de medios legales.

De la misma manera los *fabinianos* prescinden de las cuestiones que directamente no se refieran a la vida económica, y favorecen toda tendencia, venga de donde viniere, que se dirija al ideal colectivista. Pero, por su gran importancia teórica, no

---

1 Basta, para probarlo, la lamentación de SCHÄFFLE, en su folleto *Quinta esencia del socialismo:* "Es inconcebible realmente que los socialistas, en quienes el principio supone el imperio sobre sí mismo, la honradez, la sumisión y el acatamiento, el amor cristiano en su mejor y puro sentido, sean los representantes del materialismo y de un odio a la religión completamente extraños a las masas populares, que ganan su pan con el sudor de su frente y conocen lo serio que es la vida". Véase para completar esta idea, CATHREIN: Op. cit., c. III, pár. IV, y casi todos los programas y manifestaciones socialistas en los parlamentos y congresos particulares. Son decisivos los documentos pontificios, entre los cuales la Encíclica de LEÓN XIII contra el socialismo "*Quod Apostolici muneris*" (1878), la "*Rerum Novarum*" del mismo Pontífice (1891); la "*Quadragesimo Anno*" de Pío XI; y la "*Divini Redemptoris*" de Pío XI contra el Comunismo ateo (1937).

2 V. ESMEIN: Op. cit. Introducción; DUGUIT: *La transformation de l'Etat* (3.ª Conferencia); MAXIME LEROY: *La transformación de la puissance publique.*

podemos menos de hacer especial mención del socialismo de Estado o socialismo de Cátedra.

4. Socialismo de Cátedra o de Estado: Wagner y Redbertus.[1] — Entre las diversas manifestaciones de las tendencias socialistas, merece especial mención, desde el punto de vista de los fines del Estado, el llamado socialismo de cátedra o de Estado. Apareció en el Congreso de Eisenach (1872), que fué una reunión de profesores, economistas, jurisconsultos, funcionarios... y alcanzó su mejor desarrollo en la obra del economista alemán Wagner, "Fundamentos de la Economía Política".

Según los socialistas de cátedra, el Estado es el órgano nato de la solidaridad moral que une a los miembros y clases de una nación y, por lo mismo, no puede permanecer indiferente ante las miserias materiales de una parte de la misma. Le corresponde, por consiguiente, no sólo el deber de protección contra toda clase de violencia exterior e interior, sino "una misión de cultura y bienestar". Como primera consecuencia de este principio, deducen los socialistas de cátedra la falsedad de los dogmas del individualismo radical.

Los individualistas, dicen, sobre todo la escuela de Manchester, han exagerado en vano la incapacidad radical económica del Estado; es un agente económico como otro cualquiera, a veces, más simpático que cualquiera otro. Es también evidente que, en el campo de la libre concurrencia en que se coloca la escuela clásica individualista, la desigualdad social de obreros y patronos pone a éstos inevitable e injustamente en situación de inferioridad para los contratos de trabajo.

No es menos cierto que algunos intereses vitales de la comunidad no pueden ser atendidos por los individuos, ya porque sobrepasen sus fuerzas, ya porque no ofrecen suficiente remuneración, ya porque exigen el concurso de todos, el cual no puede obtenerse espontáneamente.

La historia misma, mostrándonos que nunca ha faltado en la esfera de la vida nacional la acción simultánea del interés personal, de la caridad privada y de la autoridad del Estado

---

1 PESCH: *Tratado de Economía Nacional*, c. III, pár. 2.º, n. 77; GIDE et RIST: *Histoire des doctrines économiques*, l. IV, c. II (y la traducción castellana en Reus); RENÉ GONNARD: *Historia de las doctrinas económicas* (Trad. de Campo Moreno). Madrid, 1934. Ed. Aguilar.

(acción esta última que ha ido creciendo en las naciones modernas), nos da a entender que se trata de una verdadera ley histórica que es preciso reconocer. Y ella reclama para el Estado las atribuciones necesarias para el cumplimiento de su misión de cultura y bienestar.

Pero una vez admitida la intervención del Estado en la vida general de la sociedad, ¿cómo delimitar sus atribuciones?, ¿cómo señalar la línea divisoria entre el dominio del Estado y del individuo, puesto que, como dice Wagner, es imposible sustituir por completo en la vida económica el interés personal con el interés público?

No faltan (Dupont-White) quienes juzgan el problema insoluble, y Wagner asegura que, al menos, es imposible señalar una regla absoluta y rígida, quedando a la prudencia de los hombres de Estado la resolución de cada caso y problema...

Pueden, sin embargo, enunciarse los siguientes principios generales: "que el Estado no debe sustituir al individuo, sino preocuparse sólo de las condiciones generales de su desarrollo. La actividad personal debe ser siempre el principal resorte del progreso económico, y en el momento en que ese interés y actividad comenzasen a decaer o estorbarse, debería cesar la acción del Estado. Ideas éstas que tienen igual aplicación cuando se trata del reparto, como de la producción de las riquezas".

Es también principio fundamental del sistema el mantenimiento de la propiedad privada. Pero con ciertas restricciones, como el más justo acomodamiento de las rentas "al mérito"; la adaptación de ganancias exageradas, debidas a coyunturas económicas, "a una justa medida"; la elevación de los salarios a un grado que proporcione una "existencia humana". Y, en general, el Estado debe fomentar las tendencias que van a favorecer a las clases inferiores trabajadoras, a expensas de las superiores adineradas. El Estado puede también encargarse de ciertas industrias, como de las que presentan un carácter particular de permanencia, las que, por exigir una dirección uniforme o única, podrían fácilmente trocarse en monopolio en manos de particulares; las que responden a una necesidad muy general, sin que sea posible determinar exactamente el provecho que a cada consumidor corresponde. Así se explican la administración por el Estado de las aguas, bosques, caminos, canales, nacionalización de caminos de hierro, la municipalización de servicios de agua, gas...

No es, sin embargo, Wagner el único representante del socialismo de Estado.

A pesar de las diferencias radicales que le separan de Wagner, es

reputado también como autor clásico del socialismo de Estado a Carlos Rodbertus Jagetzow. En la esfera económica, niega Rodbertus que exista un derecho natural de propiedad privada; ésta, de por sí, es un robo y una esclavitud. Pero no debe irse a la confiscación y estatificación de la propiedad, sino paso a paso, conforme vayan presentándose las ocasiones, y en la proporción que el progresivo desarrollo de la gran industria lo aconseje. Fin del Estado es, por consiguiente, preparar y llevar a cabo esta labor.

El régimen actual de la propiedad es un robo y una esclavitud, porque arrebata al productor una parte del valor de sus productos y, sobre todo, porque deja el contrato de trabajo a merced de la concurrencia. El Estado, que ha de tender a la completa estatificación y socialización de la propiedad, ha de comenzar libertando, por primera medida, el contrato de trabajo de la libre concurrencia. Para ello debe establecer un nuevo sistema de retribución del trabajo que garantice al obrero un aumento de renta en correspondencia con el aumento de la productibilidad nacional. La propiedad privada no ha de suprimirse por ahora, porque la sociedad no está preparada para este cambio, ni se puede prescindir de su influencia educadora. La implantación de la completa economía del Estado, que ha de sustituir a la privada, corresponde al porvenir. Por lo tanto, si existe el derecho de propiedad privada, es transitoriamente, como derecho positivo, a merced del Estado. Este es el que, en germen y por naturaleza, posee todos los derechos y reivindicaciones particulares. Mientras tanto, los propietarios del suelo y del capital, deben considerarse como funcionarios del Estado.

En resumen, fin propio del Estado es dirigir directa, inmediata, totalmente toda la economía nacional, como único poseedor y explotador de todos los bienes; mientras llegue este momento, instar en la labor preparatoria que conduzca a ese fin. Por consiguiente, las intervenciones del Estado que, con Wagner, admiten otros economistas de distintas escuelas, dentro del principio de la propiedad privada y por las razones antes indicadas, no son para Rodbertus más que un procedimiento táctico, la vía legal para llegar a donde lo reclaman los ideales más estricta y radicalmente socialistas, puesto que, para él, no existe una esfera de derecho privado que el Estado deba respetar por estar fundada en derechos naturales, anteriores al Estado mismo.

5. Crítica del socialismo en relación con los fines del Estado. — De la exposición anterior se desprende cuánta es la variedad de la doctrina socialista, tanto en sus fundamentos, como en las consecuencias que de ello se derivan respecto de los fines del Estado.

Prescindiendo de su ateísmo, del que tomamos nota en líneas

anteriores, los fundamentos en que Marx pretende apoyar su sistema, unos son filosóficos, otros económicos. Nos hemos de limitar, por consiguiente, a enumerarlos y denunciar su falsedad evidente, dejando su plena exposición y refutación a otras disciplinas o trabajos especiales.[1] Uno de ellos es el principio materialista de que en el mundo no existe más que materia y transformaciones de la materia, y su lógica derivación — el materialismo histórico —, con la evolución constante y fatal a que condena todos los acontecimientos humanos, entre los antagonismos económicos siempre inevitables. Principios filosóficos absurdos son la ley del sobreprecio, dejada ya a un lado por los mismos socialistas, y la negación de la propiedad privada, una de las columnas inconmovibles del orden social.[2]

Limitándonos al punto concreto de los fines del Estado, dibújanse claras dos tendencias opuestas: 1.ª La del socialismo propiamente dicho, representada por Marx, recogida por Menger y de la que, a pesar de sus diferencias de táctica, no se separa Rodbertus. 2.ª La de la doctrina de Wagner, a la que él, con mayor o menor propiedad, califica también de socialismo de cátedra.

Los errores del socialismo propiamente dicho son patentes:

a) En atribuir al Estado, como fin único o, al menos, predominante, al que los demás han de subordinarse, la satisfacción de las necesidades materiales: organización del trabajo manual e intelectual, repartición de las riquezas producidas para la conservación y desarrollo de la existencia individual, la seguridad de la vida, de la salud, de la propagación de la especie. Queda demostrado que el bienestar humano es mucho más amplio, que abarca otros anhelos, otras necesidades, otras aspiraciones más elevadas de carácter moral y espiritual, con relación a los cuales los bienes materiales sólo pueden considerarse como medios.

b) En atribuir al Estado la realización directa, inmediata, individual de esos mismos fines. Vimos ya que lo propio del Estado es la producción, conservación y perfeccionamiento de todo el conjunto de condiciones e instituciones públicas, mediante las

---

1 Puede verse una breve y fundamental refutación de los principios socialistas en la obra de VÍCTOR CATHREIN: *El Socialismo*. Trad. española de Aznárez. V. las Encíclicas pontificias antes citadas.

2 Véase PESCH: *Tratado de Economía Nacional*, vol. I, c. III, pár. 3.

cuales todos los miembros del Estado se hallen en la posibilidad de alcanzar libremente y por su propio esfuerzo su verdadero bienestar terreno, según la medida de sus particulares aptitudes y circunstancias (cap. 1.º de este libro).

En las ideas de Wagner, mal llamadas socialistas, hay no poco que concuerda con lo expuesto en el capítulo 1.º de este libro; por lo mismo, las aceptamos por suponerlas exactas. En esas ideas se pudiera comprobar la verdad de las palabras de Pesch antes recogidas: que cuando la moderna ciencia política nos habla del derecho y del poder por una parte, y de la cultura y bienestar por otra, como fines del Estado, vuelve con ello a colocarse en el mismo punto de vista general que ha conservado siempre la filosofía cristiana.

Así, cuando Wagner establece el principio de la intervención del Estado, rechazando los radicalismos del Estado-gendarme o empresario de seguros; cuando admite el principio del derecho de propiedad privada como principal resorte de la vida y actividad económica, derecho anterior al Estado y una de las columnas del orden social; cuando propone las normas generales para medir y regular la intervención del Estado, sin menoscabo de las iniciativas y derechos privados: las exigencias del bien común, la naturaleza de ciertas industrias...

Pero debemos advertir que en este último capítulo (de regular la intervención del Estado) es donde cabe el peligro de la inoculación del virus socialista, haciendo que las intromisiones estatistas rebasen los límites naturales de sus facultades y atropellen y ahoguen las iniciativas individuales. Cuál sea la esfera de la acción del Estado y cuáles las normas generales a que ha de someterse, expusimos en el lugar correspondiente. La solución de casos y problemas prácticos no es de nuestra incumbencia, ni se compagina con la índole de nuestro trabajo.

6. Últimas manifestaciones del marxismo. — Al decir de Pirou (Loc. cit. p. 274), en la época próxima anterior a nuestros días, el marxismo ha experimentado un mayor progreso en la conciencia de sus adeptos y, al mismo tiempo, un retroceso en el aprecio de los directores e intelectuales del sistema.[1]

---

1 Cf. SAMMY BERACHA: *Le Marxisme après Marx*, Rivière, 1937; L. LAURAT: *Le Marxisme en faillite?* Ed. P. Tisné, 1939. Para Bibliografía más abundante y especializada consúltese el mismo GAETAN PIROU: *Int*-

Las ideas centrales del marxismo, compendiadas en unos pocos axiomas, se difundieron y arraigaron profundamente en las masas. Siguieron creyendo éstas, sin profundizar demasiado en su filosofía, en ciertos dogmas, como la teoría de la plus-valía, en la concepción materialista de la Historia y en el principio de la lucha de clases. Y es que el principio de la lucha de clases les abría el camino para una táctica clara y definida; la teoría de la plus-valía justificaba científicamente sus sentimientos y prejuicios al considerarse, por el hecho de ser obreros, víctimas de una explotación; y el materialismo histórico les garantizaba el éxito final de sus reivindicaciones como derivación fatal de leyes necesarias.

Pero mientras tanto, la realidad de la misma vida se encargaba de poner ante los ojos de los observadores más cultos la poca consistencia de los principios netamente marxistas. Porque las previsiones de Marx iban fallando en el rodar mismo de la vida. Y ni la fatal y progresiva concentración de capitales, ni la necesaria y creciente pauperización de las masas se presentaban con la inevitable seguridad y universalidad anunciadas por el filósofo socialista. En vez de la creciente depauperación de las masas hemos contemplado la mejora y progresiva elevación del nivel de la vida de las mismas; ni el triunfo de las grandes empresas en el campo de la economía moderna ha resultado tan universal y definitivo como lo anunciaban los augurios marxistas. Y así con otros dogmas y con otros pronósticos.

Ello dió lugar, en el seno de las escuelas marxistas, a cambios de orientación científica y a la aparición de doctrinas que modificaban el primitivo pensamiento del maestro. Por de pronto ya se proclamaba que había en el ideario marxista algo que aún vivía y que merecía vivir, y algo que había muerto y que había que abandonar. Y ni aun en estas variantes reinaba unidad de criterio y de dirección. Sostenían los reformistas (Berstein en Alemania y Millerand en Francia) que había que abandonar, como desacreditadas, las ideas de la lucha de clases y de la revolución.

Pero Jorge Sorel y sus secuaces mantenían enhiesta la ban-

---

duction a l'Economie politique. L'Etat actuel de la persée économique, p. 274 (Sirey-París, 1939) y *Neo-Capitalisme, neo-socialisme, neo-corporatisme*. Gallimard-París, 1939, 3. partie; VENTOSA CALVELL: *Breviario de problemas contemporáneos* (Plus Ultra-Madrid, 1950).

dera revolucionaria, si bien variando de táctica, puesto que la política había de ceder el puesto al Sindicato. Éste, valiéndose de la violencia y de la huelga general, había de traer el triunfo de los ideales socialistas.

Por otra parte habían de abrir muy profunda huella y habían de traer nuevas direcciones los grandes acontecimientos políticos y sociales que sacudieron a Europa después de la guerra de 1914. Ahí están la revolución comunista de Rusia, la fascista italiana y la nacional-socialista de Alemania.

Por de pronto, los acontecimientos de Rusia parecían desmentir las teorías sorelianas, mostrando prácticamente la superioridad del arma política sobre la económica y la mayor eficacia del partido sobre el Sindicato para la implantación del socialismo.

Del otro lado, la evolución idealista seguía su curso. Al socialista belga Enrique de Man no le convence el fatalismo ortodoxo marxista, y sostiene que la marcha hacia una mejor organización social, superior al régimen capitalista, más que en la necesidad de la historia, ha de fundarse en la voluntad de los hombres. Los neo-socialistas quieren ampliar la base material del marxismo, dando entrada en él a las llamadas "clases medias" que tanto pueden influir, en un sentido o en otro, en los movimientos revolucionarios.

Finalmente, una nueva modalidad socialista pudiera ofrecer el llamado socialismo-nacional. Fué Werner Sombart quien atacó al sistema socialista tanto por su materialismo, como por su carácter internacional. Y no faltan quienes señalan como manifestaciones prácticas de esta tendencia la Italia de Mussolini y la Alemania de Hitler.

Lo que no cabe dudar es que va triunfando en las naciones contemporáneas un marcadísimo intervencionismo del Estado que, por etapas sucesivas, como la de la economía dirigida y la planificación, pudiera terminar en el colectivismo estatal o socialismo autoritario y el comunismo.[1] Y nos sale ya al paso el llamado Estado totalitario, que merece capítulo aparte.

---

1 Para las últimas derivaciones del socialismo y comunismo, principalmente desde el punto de vista político, véanse J J. CHEVALIER: Op cit., 4me. partie, cc. III y IV; y GEORGES VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel.* I partie, tít. II, c. 1.º, sec. II, pp. 202 y sg. (Sirey-París. 1949.)

CAPÍTULO CUARTO

SUMARIO: 1. Estado totalitario. Indecisión del concepto. — 2. Filosofía del comunismo soviético. — 3. Fin del Estado: totalitarismo. Observaciones. 6. La filosofía del tercer Reich. El racismo. — 7. El totalitarismo del Estado nazi. — 8. Principios del nuevo Estado portugués. — 9. Fines y atribuciones del Estado.

1. Estado totalitario. Indecisión del concepto. — No hay duda de que en nuestros días ha aparecido un nuevo tipo de Estado llamado totalitario. Pero no es menos cierto que se da muy diverso alcance a esa palabra, y que, con ella, se designan situaciones políticas muy distintas, como las de Portugal, Rusia, Alemania nacional socialista, Italia fascista y aun España.

El Profesor norteamericano FRITZ ERMARTH, refiriéndose a la Alemania nacional-socialista, define el totalitarismo hitleriano, como "el monopolio del Estado en toda la vida nacional, la intervención predominante o exclusiva del Estado en todas las esferas de la vida social, abarcándolo todo. El Estado es todopoderoso, y, como fin último y meta de la vida, debe abrazar, fijar y dirigir todas las actividades ciudadanas".[1]

Pero este Estado hitleriano dista *toto coelo* del Estado portugués, fraguado en la mente de OLIVEIRA SALAZAR, y que ha cristalizado en la Constitución de 1933. "El Estado portugués, dice en el art. 5, es una república unitaria y corporativa... Incumbe al Estado: coordinar, impulsar y dirigir todas las actividades sociales, haciendo prevalecer una justa armonía de interés, dentro de la legítima subordinación de lo particular a lo general" (art. 6).

De la misma manera, en los juicios y críticas que se han hecho sobre la nueva modalidad política, aparecen distinciones y reparos para precisar conceptos y fijar actitudes. Así los católicos belgas separan

---

1 *The New Germany*, p. 71, Digest Press. Washington, 1936.

el régimen totalitario del autoritario para determinar su actitud y su juicio ante ellos. El régimen *totalitario,* dicen, comprendido en el sentido de un régimen en el cual el Estado se arroga el derecho de subordinar por la fuerza la totalidad de hombres y de cosas, de atribuciones y libertades, a los pretendidos derechos y exigencias de un valor temporal — sea la raza y la sangre, sea la fuerza del Estado, sea la producción colectivista erigidas por él en valor y en norma suprema de la comunidad popular —, es un régimen que la conciencia cristiana debe condenar como malo en sí; es decir, esencialmente malo. Puesto que lesiona gravemente, aparte la soberanía de Dios y los derechos y autoridad de la Iglesia, los inalienables derechos naturales de la personalidad humana.

El régimen *autoritario* en el sentido de un régimen en el que uno o varios hombres imponen su autoridad fuera del control y de la influencia del pueblo, no es en sí malo. Puede ser un régimen legítimo, especialmente cuando, por un conjunto de circunstancias, apareciere como el único capaz de asegurar suficientemente el bien común, razón determinante de las formas de autoridad, y mientras se ejerza, realmente y de hecho, en función del bien común.[1]

También el Pontífice Pío XI se vale de una distinción para enjuiciar el problema. Distingue un totalitarismo *subjetivo* y otro *objetivo.* El primero implica que, "para todo lo que es de la competencia del Estado, todos los ciudadanos deben estar subordinados al Estado y al régimen y depender de él". Pero el *objetivo* implica, además, que todos los ciudadanos han de estar única o principalmente subordinados al Estado, en todo lo que es o puede llegar a ser necesario para toda la vida, aun para la vida individual, doméstica, espiritual, sobrenatural. El Pontífice declara moralmente inaceptable el totalitarismo objetivo, y absuelve el subjetivo.

Sin embargo, en medio de esta confusión ideológica, pudiéramos distinguir en toda clase de totalitarismo una nota común; al menos, en cuanto que el régimen indica una tendencia y en cuanto a su origen histórico. Porque el movimiento totalitario fué una reacción vigorosa contra el Estado liberal y parlamentario al que acusa de débil, disperso, de tendencias disociadoras y anárquicas. La reacción tiende a unificar lo disperso y a fortalecer lo débil; tiende a una concentración de poderes de los que despoja a las autarquías individuales y sociales; y a un robustecimiento de la autoridad que se concentra en una persona, o, al menos, en el poder ejecutivo.

Esta tendencia antiliberal y antiparlamentaria nació en circunstancias diversas en cada país y se funda en filosofías y bases doctrina-

---

1 Véase *La Documentation catholique,* n. 903, Aout, 1939.

les muy distintas. Y mientras, en una nación, llega a hacer del Estado el fin único y meta de la vida humana; en otras se limita a robustecer la autoridad nacional forjando un ejecutivo más flexible y poderoso, podando las atribuciones del legislativo y acentuando la intervención del Estado en las esferas de la vida.

Estas peculiaridades del problema nos imponen para su estudio y exposición un determinado método: el analítico que vaya examinando en cada país los caracteres propios de su totalitarismo. Nos limitamos ahora a los fines del Estado.

2. Filosofía del comunismo soviético. — Los fundamentos filosóficos del comunismo los expusieron Marx y Engels, y tocó a Lenín la tarea de aplicarlos a la práctica en el nuevo Estado ruso.[1]

Y esos fundamentos se resumen en el materialismo, sistema que otorga la primacía absoluta a la materia, fuera de la cual no se admite nada. Y acepta la materia tal como se ofrece a nuestros ojos, suponiendo que ni hubo ni hay nada anterior o superior a ella.

Sin embargo, los marxistas algo tomaron prestado de la filosofía idealista para su construcción científica; y precisamente del idealismo panteísta de Hegel, del que se apropiaron la célebre trilogía de la tesis, antítesis y síntesis para aplicarla a la evolución de la materia.

Como lógica derivación de ese materialismo, toda la vida civil, social y política de los pueblos gira al impulso de los fenómenos económicos, que son la clave y el motor y la medida de todas las demás actividades humanas sociales, religiosas, culturales, etc.

La presente desarmonía (antítesis) entre el desarrollo de

---

1 Pío XI: *Divini Redemptoris* (19 marzo 1937) Encíclica sobre el comunismo ateo; MIGUEL SUBÁN: *La legislación soviética moderna*, U. Z., E.N.A. México; GUSTAVO WETTER: *El Materialismo dialéctico*. Ed. Einaudi. Roma, 1948. (Véase un resumen de esta Obra en "Arbor", febrero y marzo de 1948); CHARLES J. MC. FADDEN: *La Filosofía del Comunismo* (Trad. española del R. P. Cilleruelo) Edt. Cuesta, Valladolid; GASPARE AMBROSINI: *La nuova Costituzione sovietica;* ÍDEM: *La Unione sovietica. Ideologia e Realta.* Trimarchi-Palermo; GUIDO MANACORDA: *El Bolscevismo.* Sansoni. Firenze, 1940; J. J. CHEVALIER: Op. cit., IV partie, cc. I, III y IV. Como resúmenes orientadores; ANGEL BRUCCULERI: *El Comunismo: su ideología y sus métodos* (trad. de José Goenaga) Edit. Bibliográfica española. Madrid; R. P. DELAYE: *Abrege de la doctrine comuniste.* Spes-París.

las fuerzas productivas y los métodos de explotación ha producido la lucha de clases y crisis económicas violentas, que han de terminar en una armonía social (síntesis) con el triunfo del proletariado y el aniquilamiento de la sociedad capitalista. Más en concreto, este antagonismo está actualmente provocado por el sobreprecio que el capitalista arranca injustamente al obrero y va acumulando al capital. Por eso, el sistema capitalista no puede subsistir, y necesariamente acarreará, él mismo, la dominación socialista.

En resumen, el más burdo materialismo, el fatalismo histórico, la evolución panteísta, todo ello unido a la teoría del sobreprecio, del que se incauta injustamente el capitalista.

Por otra parte, y como derivación lógica del materialismo histórico, el bolchevismo ruso profesa el ateísmo integral, puesto que la religión es el opio de los pueblos. Falto de base religiosa, el criterio de la moral se rebaja hasta confundirse con las conveniencias egoístas de los grupos humanos, y la moral comunista reputa las acciones del hombre como buenas y honestas, si contribuyen a la implantación y mantenimiento de la sociedad comunista; y, como malas, si le son contrarias.

Conocedores, sin embargo, los dirigentes bolcheviques del fondo místico y milenarista del pueblo ruso, para llenar el vacío que habían de dejar en sus almas las ideas cristianas desterradas, inventaron un nuevo mito, un *nuevo icono*, ante el cual pudieran arrodillarse y temblar; un ídolo tangible y visible que sustituyera a Dios. Y ese ídolo es la máquina y la técnica, instrumentos que habían de traer a la tierra el Paraíso y la felicidad.

3. Fin del Estado. El totalitarismo. — Triunfante la filosofía comunista en el derrocado imperio ruso, la nueva organización implantada no podía proponer como fin el que tratadistas y Constituciones asignan, de ordinario, a los Estados: declaración e imposición del derecho y el fomento de la prosperidad pública. Mejor dicho, la prosperidad general la habían de cifrar los filósofos bolcheviques en el sistema socialista de la propiedad y en el triunfo y bienestar del proletariado. A lograr este fin se endereza toda la máquina jurídica del Estado soviético.

Con la particularidad de que, como esa filosofía humana, y como humana universalista, esa finalidad del Estado ruso pasa también a ser la finalidad universal que han de perseguir todo

los Estados del mundo. Y, a extenderla por todo él, se prepara y trabaja la actividad comunista rusa.

De aquí que la finalidad del Estado, allí donde ha triunfado el comunismo, sea, a una con la abolición de la propiedad privada y de la distinción de los hombres en clases, la desaparición de las fronteras entre los Estados y la reunión de los trabajadores de los varios países en una única república mundial comunista.

Esta finalidad que aparecía clara en las primeras declaraciones programáticas de los directores del movimiento, adoptó fórmulas jurídicas definitivas y expresas en los documentos constitucionales de 1918, cuyo art. 3 dice: "Proponiéndose esencialmente suprimir toda explotación del hombre; abolir definitivamente la división de la sociedad en clases; aplastar sin piedad a todos los explotadores; realizar la organización socialista de la sociedad y hacer triunfar el socialismo en todos los países, el II congreso panruso de los Soviets acuerda..."

No cabe duda de que los redactores de la nueva Constitución soviética de 1936 se propusieron suavizar los tonos radicales excesivamente vivos de la precedente, y que, siguiendo un criterio oportunista y *de la mano tendida,* han adoptado, en cuanto era posible, instituciones y fórmulas de las Constituciones nacidas de la revolución francesa. Es táctica para no alarmar demasiado a los demás países. Pero, en realidad, el fondo y el programa y, por lo tanto, las finalidades del Estado permanecen intactas. Hasta en el nombre del nuevo Estado desaparece, o mejor dicho, se sustituye el vocablo de Rusia, con la intención manifiesta de que, en la misma denominación, resalte el tipo de las ideas y organización política que caracteriza la nueva agrupación. "*La Constitución de la República Socialista Federativa de Rusia,* de 1918, se convierte (suprimiendo el vocablo Rusia) en la *Constitución de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas*".

Por otra parte, en 1936, se consideran ya logrados algunos de los fines que se reputaban como meta en la organización de 1918. Por lo que ya, en 1936, en consecuencia del aplastamiento de los propietarios terratenientes y de los capitalistas, de la abolición de la propiedad privada sobre los instrumentos y medios de producción... se puede hablar de una base jurídica, económica y política ya constituída y estable en la URSS. Los Estados socialistas de los operarios y labradores con sus Diputados (sin

mención alguna de capitalistas, propietarios o burgueses, exterminados o eliminados) forman la Unión de las repúblicas socialistas soviéticas, regida por una dictadura del proletariado. Y esa Unión, todavía limitada, aspira a ser una Unión mundial de repúblicas socialistas soviéticas. Permanecen, pues, intactas las finalidades del primitivo Estado soviético de 1918, envueltas en las suavidades externas de fórmulas liberales, pero que encubren aspiraciones y realidades dictatoriales, antidemocráticas y totalitarias.

Porque, si hay doctrina y Estado estrictamente totalitario, es la URSS: Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas. Es un totalitarismo pleno y absoluto, con intervención del Estado en todas las manifestaciones de la vida, no sólo absorbente, sino exclusiva. El ciudadano soviético vive secuestrado por el Estado, en sus derechos personales, en su vida económica, cultural, religiosa y política.

La lectura superficial del Tít. IX: *De los derechos y deberes fundamentales,* pudiera sugerir la idea de que la nueva Constitución garantizaba a la persona humana sus derechos naturales, civiles y aún políticos. Porque allí se proclaman como derechos otorgados a los ciudadanos los de conciencia y culto religioso; de igualdad jurídica, sin distinción de sexo, raza o nacionalidad; los derechos al trabajo, al descanso, a la instrucción, seguros de vejez, enfermedades, hasta la libertad de palabra, de imprenta, reunión, asociación, etc.

Pero estas garantías no se conceden a la persona, ni siquiera al ciudadano; sino al ciudadano socialista y para un fin determinado: el mantenimiento del régimen socialista, bajo la dictadura del proletariado.

La frase del art. 124: "La libertad de profesar cultos religiosos y la libertad de la propaganda antirreligiosa se reconoce a todos los ciudadanos", es falsa y engañosa. Baste recordar el comentario del panegirista de la Constitución Radek: "Existen todavía gentes atrasadas que no han renunciado a sus creencias religiosas, puesto que la religión ha sido siempre un instrumento de engaño y de explotación...; el Estado soviético considera a estas gentes con espíritu de tolerancia." Que no es precisamente espíritu de libertad. Por lo demás, queda en pie la máxima de que la religión es el opio de los pueblos, y la libertad de disfrutar de ese opio aparece claramente en el trato que la religión y sus Ministros reciben en todas partes a donde llega la sombra y el proselitismo comunista.

En cuanto a los demás derechos, con todos los medios materiales para realizarlos, se conceden, no al ciudadano, sino al operario y a

sus organizaciones, para consolidar el régimen socialista, para robustecer las organizaciones obreras "como instrumentos poderosos para la lucha contra el capitalismo".

La vida económica dirigida, en absoluto, por los planes de economía nacional del Estado y que priva al ciudadano de su propiedad privada (fuera de algunos objetos de uso personal o pequeños lotes a campesinos y artesanos) está sometida al interés y riqueza social...

La ideología marxista sólo concibe la cultura por la comunidad y para la comunidad. El Estado es el que educa.

Queda también en manos del Estado toda la vida y representación política. El derecho de ciudadanía queda reservado a los trabajadores de la ciudad y del campo; y sólo compete al partido comunista y a las sociedades de trabajadores el derecho de presentar candidatos para toda clase de elecciones políticas (art. 141).

Finalmente, los ciudadanos más activos y conscientes de las filas de la clase obrera y de las otras capas de los trabajadores, se unen en el partido comunista de la U.R.S.S., que es la vanguardia de los trabajadores en su lucha por la consolidación y desarrollo del orden socialista y es el núcleo dirigente de todas las organizaciones de los trabajadores, tanto de las sociales, como de las del Estado (art. 126).[1]

4. La filosofía del Fascismo italiano. — La nueva concepción del Estado que el fascismo ha traído al mundo, la describió el mismo Mussolini en su conocida fórmula: "*Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado*".[2]

Por de pronto, el fascismo italiano no se limita a cambiar la estructura externa del régimen político anterior. Su labor de fondo supone una reacción violenta contra toda la ideología liberal y socialista; reacción por la que se transforma el concepto del Estado, se exalta su potencia, se amplían su campo de acción y sus funciones. Entraña, por lo tanto, un trastrueque de los valores de la vida humana y pretende rehacer la unidad nacional pulverizada por el individualismo, vigorizar la autoridad política debilitada por la acción del socialismo liberal, y armonizar los

---

1 Para comprender la oposición de las nuevas teorías totalitarias con la doctrina católica en Rusia, Alemania nazi e Italia fascista, véase el tomito publicado por ANDRÉ SAINT-DENIS: *Pie XI contre les idoles-Bolchevisme-Racisme-Etatisme.* Plon-París, 1939.

2 PANNUNZIO: *Teoría generale dello Stato fascista.* 2.é ed. Padova, 1939; G. VOLPE: *Historia del movimiento fascista.* Vallechi. Firenze; MUSSOLINI: *Scritti e discorsi.* Milano, 1934; A. ROCCO: *Scritti e discorsi politici.* Milano, 1938.

elementos sociales dispersos y en pugna por la divergencia de intereses y la lucha de clases.

No podía faltar al fascismo su alma, su ideología interna que la pusiera en movimiento y la dirigiera. A esa alma llama Mussolini el *mito fascista*. "Nosotros, dice, hemos creado nuestro mito... Nuestro mito es la nación, nuestro mito es la grandeza de nuestra nación. Y a ese mito, a esa grandeza, que nosotros queremos traducir en una plena realidad, subordinamos nosotros todo lo demás".

Pero ¿en qué principios se funda esa exaltación suprema de la idea del Estado? No es Mussolini el que nos lo va a descubrir. Espíritu eminentemente realista, criado, más que en el ambiente de especulaciones teóricas, en la escuela práctica de la vida y en la experiencia de su época, rechaza las teorías que llevaron a su patria al borde de la ruina (individualismo y socialismo) y exalta, al contrario, las nociones opuestas, las que desprestigió e intentó destruir el individualismo socialista. Así nació en su espíritu el Estado organismo, el Estado autoritario, el Estado sobre el individuo; la fuerza, la potencia y la grandeza del Estado.

A colmar esa laguna ha venido la filosofía política fascista, cuya labor se ha reducido a apuntalar especulativamente las dos afirmaciones capitales del fascismo: la exaltación, hasta las supremas cumbres de lo absoluto, de la idea del Estado, lo que había de abrir la puerta a su ilimitada potencia; y el carácter orgánico de la nación que, en su exagerado alcance, podía llegar hasta la anulación del individuo.

Para lograr ese apuntalamiento, el Ministro fascista de Educación, Gentile, no tuvo más que acudir a las fuentes de su formación intelectual germana, cuyo ideario panteísta le proporcionaba elementos más que suficientes para propugnar las exaltaciones más absolutas de la nación Estado. El panteísmo hegeliano llega a divinizar la nación.

En cambio Alfredo Rocco, uno de los teóricos más acreditados de la especulación fascista y enamorado de las *Escuelas Sociológicas*, pide a éstas las premisas, y se las proporcionaron abundantes, para la construcción orgánica de la Sociedad política y la subordinación del individuo al Estado. Estas escuelas sociológicas le enseñaron que la Sociedad es un organismo viviente, con su vida, con sus leyes y sus fines propios, llevando las comparaciones y la semejanza a extremos

extravagantes y conclusiones ridículas que todos conocen en autores como Spencer, Fouillée, Schäffle y otros.[1]

De esas doctrinas pudo deducir Rocco que no es la nación una colectividad amorfa de individuos, sino un organismo que funciona con sus órganos propios y que reúne una serie indefinida de generaciones.

En ese organismo nacional, los individuos son elementos infinitesimales y transeúntes de la vida de la nación, y no pueden ser considerados como fines de la organización social, sino como órganos para fines superiores. El ciudadano no es, como comúnmente se cree, fin de la vida nacional y de la actividad del Estado, que es la misma nación organizada y operante en el mundo, sino órgano de la nación, instrumento y medio de los fines nacionales.

De ahí fácilmente resbala Rocco, en sus raciocinios, a exaltar la nación como valor absoluto, entidad independiente, superior al individuo, con fines propios en sí mismos; y a considerar al indíviduo como valor relativo, medio e instrumento del Estado, a quien ha de estar sometido en todas sus actividades vitales.

A las mismas conclusiones, aunque por distintos caminos, llegan otros teorizantes fascistas, a quienes no convence ni el idealismo panteísta de Gentile, ni el sociologismo exagerado y semibiológico de Rocco.

Todas las teorías, dice resumiendo Messineo, llegan al término prefijado de sus conclusiones. Pasando gradualmente del sentimiento de la sociabilidad al de socialidad (sociedad entendida en el sentido anterior de las escuelas sociológicas), de la nacionalidad y del Estado, han llegado a la apología del Estado nacional, que conciben como la actuación máxima de la individualidad: elemento vital para el hombre; organismo viviente, fuera del cual la criatura racional no sería ya hombre, sino átomo sin objeto; finalidad suma, más allá de la cual el hombre no tendría fin concreto para su existencia; juez y señor absoluto de toda la actividad humana; todo vital omnipotente, omnipresente, omnicomprensivo, que utiliza sus partes, como instrumentos, para la consecución de sus fines.[2]

5. Fines del Estado. Totalitarismo. Observaciones. — Lo escrito en las líneas anteriores arroja suficiente luz para comprender el carácter de las afirmaciones fascistas sobre los fines del Estado y sus conclusiones totalitarias. Ya ambos extremos apare-

---

1 HERBERT SPENCER: *Principios de Biología. 2.ª parte: Las inducciones de la Sociología*. A. FOUILLÉE: *La science sociale contemporaine*. SCHÄFFLE: *Estructura y vida del cuerpo social*.

2 Vide MESSINEO: *La Civiltá Cattolica*, 18 marzo de 1934, p. 524.

cen señalados en las palabras de Mussolini citadas más arriba sobre el mito fascista. "Nuestro mito fascista, decía, es la nación, es la grandeza de la nación; y a esa grandeza subordinamos nosotros todo lo demás". Pero esa ideología resplandece aún con más claridad en repetidas declaraciones del mismo forjador del nuevo Estado:

"Para el fascismo, el Estado no es un vigilante nocturno que se ocupa tan sólo de la seguridad de los ciudadanos; no es tampoco una organización de fines puramente materiales, como para garantizar un cierto bienestar y una relativa convivencia social pacífica... El Estado garantiza la seguridad interior y exterior; pero es también guardián y trasmisor del espíritu del pueblo tal como ha sido elaborado a través de los siglos en el idioma, en las costumbres y en la fe. El Estado no es sólo lo presente, sino que es también lo pasado y, sobre todo, lo futuro. Es el Estado el que educa a los ciudadanos en las virtudes cívicas civiles, les infunde conciencia de su misión les incita a la unidad, armoniza sus intereses en la justicia; lega las conquistas del pensamiento en las ciencias, en las artes, en el derecho, en la solidaridad humana..."

"Como voluntad ética universal, el Estado es el creador del derecho. Y siendo la forma más elevada y poderosa de la personalidad, es fuerza, pero en sentido espiritual. Esta fuerza resume todas las formas de la vida moral e intelectual del hombre. Por lo tanto, no se le puede limitar a simples funciones de orden y de tutela, como pretendía el liberalismo. Es forma y norma interior, y disciplina de toda la persona; penetra la voluntad como la inteligencia..."

"Estamos en un Estado que controla todas las fuerzas que obran en el seno de la nación. Controlamos las fuerzas políticas, controlamos las fuerzas morales, controlamos las fuerzas económicas; estamos, por lo tanto, en pleno Estado corporativo fascista..."

Finalmente, el totalitarismo fascista, por su misma tendencia intrínseca, no podía permanecer indiferente ante la religión. El Estado fascista considera a la religión como una de las manifestaciones más profundas del espíritu.

No es posible terminar estas notas sobre la filosofía fascista y sus tendencias totalitarias, sin una observación. Porque a ella especialmente ha de aplicarse aquella atinada consideración de Pío XI

sobre el influjo de los errores modernos en los pueblos. "No ignoramos, dice el Pontífice, que afortunadamente no siempre los principios erróneos ejercen absolutamente su influjo, sobre todo, cuando las tradiciones cristianas multiseculares de que se han nutrido los pueblos, perserveran todavía (si bien en la subconciencia) profundamente arraigadas en los corazones."

Así es, en efecto, en Italia. A pesar de que el sistema fascista era arreligioso y que conduce al monismo social, con la anulación del individuo y la omnipotencia del Estado; a pesar de que el forjador del Estado fascista no comulgaba en el credo católico, gracias al ambiente de civilización cristiana en que vivió, gracias a su talento político excepcional y a su temperamento realista, supo librarse de la manía retardataria del anticlericalismo laico y supo comprender en la religión uno de los sentimientos más profundos del espíritu y, en la católica, la tradición romana, y, en la autoridad del Vaticano, la única idea universal que existe en el mundo.

Por todo eso, el fascismo italiano se contuvo dentro de los límites prudentes de una relativa moderación que no se aprecia en sus principios teóricos; relativa moderación que se trasluce en la esfera económica, en la cultural y en la religiosa. En la *esfera económica* en la que las premisas totalitarias le pudieran llevar hasta el comunismo soviético, el fascismo italiano se detuvo ante los grandes principios de la iniciativa y propiedad privada que reconoce y garantiza y pone trabas a la intervención del Estado evitando que sea desaforada. "La intervención del Estado en la producción económica no tiene lugar sino cuando falta o es insuficiente la iniciativa privada o cuando entran en juego los intereses políticos del Estado" (Carta de Lavoro, art. IX). En *el orden cultural* no se cierran del todo las puertas, no ya a especulaciones teóricas, pero ni a la enseñanza de doctrinas morales y sociales. Y aún queda, finalmente, *el Concordato* entre la Santa Sede y el Reino de Italia que, entre otras cosas, reconoce a la Iglesia sus derechos en las escuelas oficiales, en sus centros peculiares para la formación del Clero y en los centros científicos de alta cultura, como la Universidad de Milán.

6. La filosofía del Tercer Reich. El Racismo. — La filosofía del novísimo Estado alemán, dirigido por Hitler, puede resumirse en una sola palabra: Racismo.[1]

---

1 Véase HITLER: *Mein Kampf. Mi lucha.* Ed. castellana integral. Sobre todo, parte 1.ª, c. IX y p. 2.ª, c. IV; FRITZ ERMARTH: *The new Germany National-socialist Goverment in theory and practice.* Digest Pres. Washington, 1935; GIUSEPPE LO VERDE: *Il Nazionalsocialismo* (Problema di vita spirituale e sociale contemporanea e la structura giuridica del

Parte el racismo del supuesto de la desigualdad de las razas humanas: unas superiores y otras inferiores; desigualdad que tiene su origen en una concepción peculiar del hombre y del mundo y que, naturalmente, ha de repercutir en la vida del Estado.

Pero estas ideas, no es que nacieran con el tercer Reich y como para justificar su existencia. En los tiempos modernos, el diplomático francés Conde de Gobineau (Essai sur l'inegalité de races) y el escritor inglés Chamberlain (La génèse du XIX siécle) habían filosofado sobre esa desigualdad y habían proclamado la superioridad de la raza blanca, y, dentro de la blanca, de la aria sobre las demás razas. Más aún: el filósofo kanciano Fichte en sus *Discursos a la nación alemana* (Discurso XIV) había escrito: "Todos los siglos, todos los prudentes y nobles corazones que pasaron por la tierra, en todos sus pensamientos y en todas sus aspiraciones, levantan sus manos suplicantes hacia Alemania: la propia Providencia y el plan divino del Universo conjuran a Alemania para que salve su honor y su existencia... En vosotros ¡oh! está el germen de la perfección humana y la esperanza de todo progreso..."

Estas ideas, al principio, sólo corrieron entre las clases intelectuales y aristocráticas. Pero luego invadieron las clases populares, merced a circunstancias políticas favorables creadas en Alemania por el desastroso fin de la guerra de 1914 y por el influjo de propagandistas hábiles y apasionados, como el autor del *Mito del siglo XIX*, Alfredo Rosenberg. Las ideas se convirtieron en mitos, y no faltaron Jefes que se aprovecharon del momento para suscitar grandes movimientos, ciegos y arrolladores.

En resumen, esa ideología proclama la existencia de una raza superior: la blanca-aria. Superior, porque lleva en su seno los gérmenes de la cultura, y la cultura es el valor supremo en la tierra, y la raza aria es la que sabe crearla, conservarla y desarrollarla. Tan es así que "todo lo que el mundo nos ofrece hoy de cultura humana, todo lo que el arte, la ciencia o la técnica han producido a nuestros ojos, es casi exclusivamente obra crea-

---

terzo Reich) F. Ciuni: Libraio Editore. Palermo; J. J. CHEVALIER: *Les grandes oeuvres politiques de Machiavel a nos jurs.* IV partie, c. V, p. 356. A. Colin-París, 1950.

dora del ario. De donde puede concluirse que fué el ario el fundador de la humanidad superior y que él encarna el arquetipo del hombre..."

Las otras razas tan sólo son capaces de recibir y ostentar la cultura que la aria les infunde e inocula. Son razas pasivas. Desde el momento en que cesara la raza aria, cortado el hilo conductor que alimentaba su vida cultural, ésta se estacionaría como petrificada. Pero hay entre las no-arias, una raza que, en vez de ser indiferente a la cultura, le es hostil: la raza judía. Raza parásita, antípoda de la aria, tiende, por su propia naturaleza, a destruir la civilización aria.

Actualmente, no existe en ninguna parte, en toda su pureza, la raza aria, cuya degeneración había comenzado con la mezcla de otras inferiores. Ni siquiera en Alemania. Pero en Alemania es donde vive incontaminado el grupo más numeroso y fuerte, que se ha conservado, en medio de las otras, sin mezclarse con ellas. Según Hitler, es el tesoro más precioso de nuestro porvenir.

De las precedentes consideraciones se desprende que la raza superior ha de sentirse como obligada a procurar la victoria del mejor y más fuerte, y reivindicar la subordinación de las inferiores y más débiles.

7. El totalitarismo del Estado Nazi. — De las consideraciones anteriores se deduce clara la misión del pueblo alemán y de su Estado: reunir y conservar cuidadosamente los restos de ese grupo primitivo; procurar el perfeccionamiento de la raza que lleva en sí los gérmenes y efluvios de una Humanidad superior, física y moralmente. El medio de que se vale el pueblo alemán para lograr ese fin es el Estado, convertido en instrumento para el fomento de la raza, de una cultura superior y de la difusión de ésta por toda la Humanidad.

El Estado, por lo tanto, tiene un valor relativo. El nacionalsocialismo ha abandonado la filosofía hegeliana que había divinizado el Estado. Perdió éste su trono para ponerse al servicio del pueblo, dirigiendo sus actividades económicas, morales e intelectuales en beneficio de la raza.

Esa labor directa y unitaria requiere la creación de la *Führung*, del Caudillaje, que encarna en la persona de un Conductor, del *Führer;* en el caso concreto, de Hitler.

Pero el *Führer* no es el representante del pueblo alemán, en el sentido corriente democrático. Porque el representante del pueblo no expresa su propia voluntad, sino la del pueblo representado. Pero el *Führer* representa su propia voluntad y ejerce un poder personal y originario.

Y ejerce un poder personal y originario, porque la *Führung* o caudillaje tiene su origen y raíz en el *ordenamiento vital* del pueblo; es decir, debe ejercerse conforme a dicho ordenamiento. Y lo debe ejercer el *Führer*, porque es él quien posee más clara conciencia del ordenamiento vital del pueblo, y quien mejor puede actuar en el sentido de ese ordenamiento.

Por la misma razón, el poder del *Führer* ha de ser unitario; ha de abarcar el monopolio del poder político y la concentración de las tres funciones estatales. Excluye, por lo mismo, el pluralismo político (de órganos), y el pluralismo funcional (de funciones).

La concentración de poderes se fué realizando rápida y radicalmente.

Por ley del 14 de julio de 1933 se suprimieron los partidos políticos que, a tenor de la Constitución democrática de *Weimar*, representaban una fuerza política. El llamado partido nazi, no era partido político en sentido democrático; era un agente auxiliar del Führer.

Por leyes sucesivas, comenzando por la de 31 de marzo de 1933, se anularon los poderes políticos que en Alemania, como en todos los Estados Federales, poseían los países federados.

El monopolio legislativo se llevó a cabo por la ley de Autorización de 1933, que otorgaba al Gobierno (al Führer) facultades legislativas, y derogaba los preceptos de la Constitución de Weimar relativos a la legislación del Reich.

La ley de 1.º de agosto de 1934, reúne en la persona del Führer las funciones del Canciller y de la Presidencia del Estado, y con ello, las atribuciones administrativas.

Finalmente, también en la *Führung* está incluída la función jurisdiccional; al menos, como precisa Lojendio[1], el ejercicio *eminente* de la función judicial; es decir, en casos excepcionales.

Ello se puso patente con ocasión de los sucesos del 30 de junio de 1934 y las medidas de represión contra los enemigos

1 *Régimen político del Estado español*, c. III, Introducción, p. 114.

del régimen; medidas tomadas y llevadas a cabo por sola la voluntad del Führer, prescindiendo de los Tribunales de Justicia.

"Yo era entonces, proclamó Hitler ante el Reichstag (13 julio 1934), como Juez Supremo, responsable de la suerte de la Nación y del pueblo alemán."

Resumiendo, escribe Lojendio (loc. cit.): "Nos encontramos ante un poder político sin límites; un poder que, a la encarnación total de la soberanía del Estado en el orden de las relaciones exteriores y a la Jefatura Suprema del ejército y del Partido, une la exclusiva de ejercicio de la legislación y ejecución, la reserva de su definición judicial del derecho y hasta el primado directo de la Administración en todas sus esferas".[1]

8. Principios del nuevo Estado portugués.[2] — También ha de ponerse Portugal entre los países contemporáneos que, bajo la égida del General Carmona y de Oliveira Salazar, se ha desviado de las corrientes demoliberales, ha ensayado nuevos caminos y se ha inspirado en nuevas normas para la gobernación de los pueblos.

Por de pronto, Portugal se aparta de la concepción liberal de la sociedad y del Estado. "El liberalismo político del siglo XIX, proclama Oliveira Salazar, creó el ciudadano, individuo desintegrado de la familia, de la clase, de la profesión, del medio cultural, de la agrupación económica, y le otorgó, para que lo ejerciera facultativamente, el derecho de intervenir en la Constitución del Estado. Si examinamos bien las cosas, nos hallamos en presencia de una abstracción, concepto erróneo e insuficiente. Por lo cual, sólo si caminamos en el sentido de los grupos naturales necesarios a la vida individual y con los cuales se integra realmente la sociedad política, llegaremos a encontrar con seguridad el punto de apoyo que buscamos".

Esos grupos naturales a que alude Oliveira Salazar, son la familia, núcleo originario de la parroquia, del municipio y, por consiguiente, de la nación; son, además, las corporaciones mo-

---

1 ROGER BONNARD: *El Derecho y el Estado en la doctrina nacional socialista*, c. II. Bosch. Barcelona, 1950; IGNACIO MARÍA DE LOJENDIO: *Régimen político del Estado español*, c. III. Introducción, p. 111. Bosch. Barcelona, 1942; GIUSEPPE LO VERDE: *Il Nazionalsocialismo*, c. IX. F. Ciuni Libraio editore. Palermo, 1941.

2 OLIVEIRA SALAZAR: *El pensamiento de la revolución nacional* (página 102). Editorial Poblet. Buenos Aires, 1939.

rales y económicas, y son los cuerpos administrativos. He aquí una expresión más fiel que cualquiera otra, del sistema representativo.

Y ampliando este punto de vista hay que añadir que, según la concepción portuguesa, el Estado nuevo, si ha de conducir a la realización del Estado corporativo, no ha de comprender sólo los organismos económicos, sino también las corporaciones morales. Prescindir de éstas sólo lo puede hacer el error socialista, con su concepción materialista de la historia, que no cuenta para la evolución de las sociedades políticas más que con los intereses económicos en su acepción más positiva e independiente de la superioridad del espíritu. Por eso, en la organización de las corporaciones económicas ha de tenerse en cuenta que el interés por ellas representado, o mejor dicho, los intereses de la producción, han de subordinarse, no sólo a los de la economía nacional en su conjunto, sino también a la finalidad espiritual o destino superior de la nación y de los individuos que la componen.

Por eso Portugal, para su renovación política, no ha tenido necesidad de abandonar los grandes y eternos principios de la civilización cristiana. "Deseamos que se comprenda bien, insiste el insigne político portugués, que no hemos rechazado los errores y principios del falso liberalismo y de la falsa democracia para abrazarnos con otros que puedan aún ser mayores; sino, por el contrario, para reorganizar y robustecer el país con los principios de autoridad, de orden, de tradición nacional, conciliados con aquellas verdades eternas que son felizmente patrimonio de la humanidad y herencia de la civilización cristiana. Por eso los principios que integran el evangelio del Estado nuevo, obedecen en conjunto a las exigencias de la historia portuguesa y de la civilización latino-portuguesa".[1]

9. Fines y atribuciones del Estado. — En concordancia con esas ideas, la concepción portuguesa de los fines del Estado, se aparta lo mismo del *laisser faire, laisser passer* de la teoría liberal, como del Estado omnipotente y totalitario de Rusia y otros Estados.

Ante todo, contra la inhibición liberal, recaba el Estado para sí el derecho de intervenir en todas las actividades nacionales; así lo proclama Oliveira Salazar en sus discursos-programas y así lo confirma la nueva Constitución en su art. 6.

Pero si el Estado ha de intervenir en todas las actividades

1 *El pensamiento de la revolución nacional*, c. XV-II, p. 264.

humanas, no ha de ser para absorberlas y reemplazarlas, sino para promoverlas, armonizarlas y fiscalizarlas: coordinar, impulsar, dirigir todas las actividades sociales (art. 6-2.º).

Es también fin del Estado establecer la ordenada jerarquía de las actividades sociales, subordinando unas a otras, según su importancia y valor peculiares. Y, dentro de las líneas generales del nuevo orden constitucional, late este pensamiento: unir al progreso económico indispensable la restauración y desenvolvimiento de los valores espirituales. En consecuencia, rechazando vigorosamente el materialismo teórico y práctico, liberal y socialista, que todo lo somete exclusiva o preferentemente al servicio de las preocupaciones ligadas a las riquezas y a los sentidos, reconoce que el Estado se ha de preocupar no sólo de finalidades económicas — como únicas y absorbentes —, sino que existen otras a las que se debe conceder la primacía por su preeminencia y valor superiores.[1]

En resumen, el Estado ha de vigilar, armonizar, promover los intereses y corporaciones morales, con las artes, las ciencias, la asistencia, la solidaridad. Y todas esas entidades e intereses han de estar sometidos a la finalidad espiritual o destino superior de la nación y de los individuos que la componen.

¿Y los intereses materiales? Es deber también del Estado garantizarlos y fomentarlos. Según Oliveira Salazar, no se puede aspirar a constituir un Estado equilibrado y fuerte sin la coordinación y desenvolvimiento de la economía nacional que, hoy más que nunca, ha de tomar parte de la organización política. Más aún, insiste Oliveira: en este punto radica la mayor transformación constitucional práctica que hay que realizar en todas las naciones civilizadas.[2]

Por eso es necesario sustituir el individualismo liberal por normas y condiciones encaminadas a orientar y fomentar la producción, a desenvolver la riqueza general, a establecer la suficiente armonía en el medio social bajo la protección del Estado. Ello supone la subordinación del organismo económico al engrandecimiento político, moral, social o material del país y al poder y fuerza del Estado.

Lo que no hace el Estado portugués es confundir a Dios con el César, otorgando a éste atribuciones que sólo competen a aquél. Y huyendo de ambos extremos — de la debilidad y de la omnipotencia del Estado —, construye un Estado fuerte, pero limitado por la moral, por

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: Op. cit.
2 ÍDEM: pp. 104-5.

los principios del derecho de gentes, por las garantías y libertades individuales, suprema exigencia de la solidaridad social.

Resumiendo, en general, los fines del Estado, dice así la Constitución portuguesa (art. 6):

1) Incumbe al Estado promover la unidad y establecer el orden jurídico de la Nación, definiendo y haciendo respetar los derechos y garantías impuestos por la moral, por la justicia o por la ley de los individuos, de la familia, de las autarquías y de las otras personas colectivas públicas o privadas.

2) Coordinar, impulsar y dirigir todas las actividades sociales. De esta manera, el nuevo Estado portugués es un Estado fuerte, pero no un Estado omnipotente. Un Estado que establece el orden jurídico de la nación, que tiene derecho a intervenir en todas las actividades sociales, pero para coordinarlas, impulsarlas y dirigirlas: para establecer entre ellas la debida jerarquía, pero no para absorberlas y coartarlas.

¿Hay que incluir a Portugal entre los Estados totalitarios? Sin duda ninguna, si con esa palabra se quiere indicar una reacción contra el Estado liberal y parlamentario, y una tendencia a robustecer la autoridad fortaleciendo los órganos ejecutivos y a consagrar una mayor intervención del Estado en las actividades todas de la vida. A la misma conclusión nos habían de conducir ciertas declaraciones de los forjadores del nuevo Estado, cuyo tono, un poco radical, pudiera señalar esa tendencia totalitaria.

Sin embargo, Oliveira Salazar, con frases encendidas de indignación, rechaza hasta el nombre de *Estado totalitario:* "Hay que alejar de nosotros el impulso encaminado a la formación de lo que podría llamarse Estado totalitario." Y se expresa así: "Porque el totalitarismo, tal como lo entienden y practican algunos pueblos, implica una filosofía y aconseja unas prácticas políticas que están en abierta oposición con las concepciones fundamentales que inspiraron la vida nacional portuguesa en sus más prósperos tiempos e informa aún su alma y modo de ser sustancial. Así la filosofía sobre la que se han erigido algunos Estados totalitarios, la inspiradora y directora de su acción y vida, es filosofía materialista y temporal, como la supuesta eminente superioridad de una raza sobre las demás, la forma colectiva y socialista de la producción o la fuerza y mito de la nación erigida en divinidad omnipotente. Toda esta filosofía ma-

terialista está en pugna con aquellos grandes y eternos principios de la civilización cristiana, alma de la tradición nacional portuguesa y herencia de la humanidad civilizada."

Por eso, la legislación y los nuevos organismos del Estado portugués difieren tan profundamente de los que se dicen sus similares de los otros Estados, a los que propiamente cabe aplicar, con todo rigor, el título de totalitarios.[1]

---

1 PEREIRA DOS SANTOS: *La Constitución social y política portuguesa.* Reus-Madrid, 1945. MANUEL DE LA QUINTANA: *La reforma constitucional portuguesa.* I. de estudios políticos, 1946, Madrid; HENRIQUE MARQUES: *Essencia do Corporativismo em Portugal.* Livraria Bertrand. Rua Garret, 73. Lisboa.

CAPÍTULO QUINTO

SUMARIO: 1. Teorías particulares. Teoría de Holtzendorff sobre los fines del Estado: *a*) el fin de potencia nacional; *b*) el fin jurídico o de libertad individual; *c*) el fin de cultura social. — 2. Juicio crítico. — 3. El poder del Estado como fin del mismo. E. Von Treischke. — 4. El máximum y el mínimum de la actividad del Estado. La justicia. La guerra. La economía. Estado de cultura. — 5. Juicio crítico de la teoría.

1. Teorías particulares. Teoría de Holtzendorff sobre los fines del Estado: a) **El fin de potencia nacional;** b) **El fin jurídico o de libertad individual;** c) **El fin de cultura social.** — Los fines del Estado, dice Holtzendorff,[1] no dependen ni de las construcciones teóricas de un Estado ideal, ni de las exigencias egoístas de los partidos, ni, en general, puede decirse que las doctrinas sobre el Estado tengan en esta materia otra misión que la puramente crítica. Los fines reales del Estado emanan de la conciencia íntima de las naciones; es decir, la conciencia popular señalará al Estado los objetos esenciales a que ha de dirigir su actividad; en una palabra, los fines suyos propios.

Ahora bien: la conciencia popular, en todas partes, descubre en las operaciones políticas tres relaciones fundamentales, cuyo mantenimiento y equilibrio debe a todo trance procurar, so pena de acarrear, de otra suerte, la ruina misma del Estado. Esas tres relaciones necesarias son las siguientes:

1) "El pueblo en su territorio circunscrito, frente de otros pueblos". Si, bajo este aspecto, naciones extranjeras sustituyeran permanentemente su voluntad a la del país mismo, desaparecería el Estado por conquista. Para evitarlo, debe el Estado fomentar su potencia nacional.

2) "El pueblo en la unidad conjunta de su voluntad, enfrente de las personas individuales". Si el individualismo se sobrepone, como norma de vida, a la potencia colectiva, perece el

---

1 *Principios de Política*, c. VIII.

Estado en la anarquía. Lo impediría sosteniendo la libertad personal o el derecho.

3) "El pueblo en su unidad de vida, enfrente del conflicto de los intereses de las personas sociales que dentro de él se dan". Cuando la hostilidad entre las clases sociales hace imposible la existencia común, viene la disolución, la ruptura violenta o revolución. El Estado se salvará de ella fomentando la cultura social.

Quedan, pues, como fines reales del Estado, propuestos a éste por la misma conciencia íntima de las naciones: *a)* El fin de potencia nacional. *b)* El de la libertad individual. *c)* El de cultura social.

a) EL FIN DE POTENCIA NACIONAL. — El fin de potencia nacional, dice Holtzendorff, es la concepción más primitiva, más natural y, por lo tanto, la que más ha predominado en el transcurso del tiempo. Consiste en el mantenimiento y desarrollo de la mayor fuerza material de una nación, como garantía necesaria para la existencia y conservación de su independencia y de su personalidad internacional. Fúndase este fin en el derecho que toda persona tiene a su vida y a su desarrollo natural, vida que es imposible conservar sin los medios indispensables para defenderse de las fuerzas enemigas exteriores que procuran su destrucción. Ese derecho, naturalmente, corresponde al mismo sujeto de la vida, es decir, al Estado; y ello perdurablemente. La historia viene a confirmarlo, enseñando que el motivo y ocasión más universal de la constitución de los pueblos, ha sido la necesidad de la defensa contra las fuerzas exteriores.

La medida de la potencia nacional y de los medios más a propósito para alcanzarla, varía mucho, según sean mayores las amenazas exteriores que hagan peligrar la existencia de un Estado, y según las ideas predominantes en cada época sobre la existencia de las personas internacionales.

En el mundo antiguo no se concebía la existencia política nacional como fin supremo del Estado sino sobre la base de la supremacía de una nación sobre las demás, o de una alianza momentánea con las naciones limítrofes poderosas.

En el mundo moderno, al mantenimiento de la independencia de las naciones, además de la potencia material, contribuyen otras causas, ciertos principios admitidos, con más o menos eficacia y buena fe, por los países civilizados: la admisión del hecho

legítimo de la existencia de pluralidad de Estados, el reconocimiento recíproco de su derecho a la existencia y sustantividad, la injusticia de toda pretensión de dominio universal en mar o tierra, la injusticia de la intromisión de un Estado en la vida y asuntos de otro, la legitimidad y el mutuo respeto debido a pactos libremente concertados. Proclámase también, por juristas y hombres de Estado, la necesidad de someter los litigios internacionales a tribunales arbitrales o a un Tribunal Supremo, reconocido como tal por todas las naciones, etc. Pero, debe afirmarse también que muchos de esos principios no son más que aspiraciones, que no han cuajado todavía en la realidad de un derecho constituído, y que, aun para los admitidos teóricamente sin disputa, no existe un organismo superior y eficaz supranacional capaz de imponerlos y de exigir las responsabilidades de su quebrantamiento. Por eso, aun hoy en día, no ha cesado la necesidad de fomentar cada Estado como fin propio indispensable su potencia nacional, en mayor o menor grado, según las circunstancias. Estas circunstancias darán la medida y señalarán el grado en que ha de crear y robustecer cada Estado sus medios de poder, para defensa propia, contra adversarios ciertos o eventuales.

Esas circunstancias que pueden influir en la medida del fin de potencia nacional y de los medios de realizarla, pueden resumirse, según Holtzendorff, en los puntos siguientes:

1. En las garantías internacionales relativas a la conservación del Estado.
2. En la situación geográfica.
3. En las condiciones de desarrollo de la vida interna del Estado.

En la esfera internacional, la garantía de más alto valor jurídico de la independencia de un Estado, es la que ofrece el reconocimiento colectivo de neutralidad de ciertos Estados. Así, el tratado de neutralidad perpetua de Bélgica que, para seguridad de ésta, firmaron en Londres las grandes potencias en 15 de noviembre de 1831.

En la situación geográfica debe tenerse en cuenta la configuración de las fronteras y la naturaleza y dirección de las vías de comunicación con el exterior. Desde este punto de vista, se ve que la misión de potencia nacional presenta un aspecto radicalmente distinto, v. gr. en los Estados Unidos de América y en Alemania. La Federación americana, hoy por hoy, no puede temer nada de sus vecinos del nuevo continente, ni es temible tampoco ningún ataque imprevisto de parte de cualquiera potencia europea. Alemania está discutida en sus fron-

teras por los cuatro puntos cardinales: daneses, eslavos y latinos la amenazan constantemente. Al estado a que han llegado las cosas en Europa, Alemania se halla en la alternativa de dejarse despreciar o demostrar a sus vecinos que, en el campo de batalla, será con toda seguridad, por lo menos igual a ellos en potencia militar.

Las condiciones de desarrollo de la vida de un Estado pueden ser muy diversas, pues hay naciones que en dicho desarrollo no encuentran obstáculos, y las hay en donde los antagonismos de las nacionalidades (Austria y Turquía), los movimientos revolucionarios y las grandes desigualdades económicas o de clase, pueden poner en peligro la vida misma del Estado.

b) EL FIN JURÍDICO O DE LIBERTAD INDIVIDUAL. — Consiste en asegurar "de una manera sólida, bajo formas claramente determinadas, el libre desenvolvimiento de la persona humana en la esfera que no está necesariamente reservada a la autoridad del Estado".

El reconocimiento de los derechos individuales ha sido obra del tiempo, realizada principalmente por las ideas del cristianismo. Ahora bien: la garantía de los derechos individuales presupone la existencia de medios de fuerza necesarios para su defensa y protección y, por lo tanto, la necesidad de un poder organizado para el sostenimiento del orden interior en el Estado. Y cuanto más es apreciada la libertad y seguridad personal, tanto más se comprende la insuficiencia del poder individual para defenderlas y se requiere la firmeza de la autoridad contra todas las tentativas perturbadoras de la propiedad y la seguridad; en una palabra, contra la anarquía.

¿Y cuál es la esfera, el dominio propio de la libertad personal a que ha de llegar esa protección del Estado? Por de pronto, en la esfera del derecho privado, es decir, el conjunto de reglas que fijan las relaciones de los individuos entre sí, principalmente en cuanto a la transmisión de bienes, atendiendo a las exigencias y obligaciones que tienen una sanción externa. Pero esa esfera ha ido ensanchándose, y, hoy en día, el fin de derecho o jurídico del Estado exige que la personalidad sea reconocida en principio, asegurándole su desenvolvimiento libre en la esfera del derecho privado, en general, en el terreno económico de la industria, en la elección del Estado por medio de la emigración y en la del dominio de la conciencia y de la investigación científica. Con la particularidad de que, según la idea hoy predominante en los países cultos, estos derechos corresponden a la persona y los reconoce y defiende el Estado, como inherentes, no

al ciudadano de tal o cual nación, sino al hombre, lo mismo al nacional que al extranjero; de tal manera, que el Estado cumple una misión y realiza una tarea humanitaria y cosmopolita.

Finalmente, el Estado no se ha de limitar en este punto a reconocer en teoría los derechos del individuo, ni a afirmar en las leyes que tales derechos deben ser reconocidos. Es menester, además, que el Estado vele para que los preceptos legislativos sean efectivos, arrollando todos los obstáculos que a su acción tuitiva se opongan.

c) EL FIN DE CULTURA SOCIAL. — Al estudiar los Estados y los pueblos, dice Holtzendorff, encontramos entre la unidad nacional, en cuanto al exterior, y la infinita diversidad de la vida de los individuos, ciertos grupos intermedios claramente determinados, los cuales se distinguen entre sí por un conjunto de intereses y aspiraciones colectivas especiales. Estos grupos o asociaciones se asemejan a los individuos en su vida propia; en cuanto sus aspiraciones, en general, son independientes de la nacionalidad. Por otra parte, su formación los asemeja al Estado, porque suponen una organización de fuerzas, dirigidas a la consecución más adecuada posible de ciertos fines comunes.

De dos maneras se puede formar parte de un grupo social: ya por virtud del azar, como consecuencia del nacimiento; ya por virtud de nuestra propia y voluntaria elección. Ahora bien: lo característico del mundo antiguo y de los Estados orientales que de él se derivan es la subordinación del individuo a una posición social determinada por el azar o por el nacimiento. De aquí las castas, hombres libres y esclavos; de ahí también el poder patriarcal de la familia, la influencia del parentesco y de la tribu...

Al revés, lo característico del mundo moderno y de los Estados civilizados de la Europa contemporánea, consiste en que, prescindiendo del azar de un nacimiento rico o pobre, de las aptitudes naturales o de los defectos corporales o intelectuales hereditarios, la situación social, en general, depende de la libre voluntad del individuo. El tipo fundamental de la sociedad moderna es, según esto, la asociación y unión libres.

Pues bien: en todos estos grupos sociales de que se compone la misma sociedad-Estado, ya se considere a los grupos sociales entre sí, ya a los grupos con relación a sus miembros propios, ya a los grupos respecto al poder del Estado y de los medios políticos de que dispone,

bajo todos esos aspectos, surge, con la oposición de intereses, una situación de guerra constante y de esfuerzos encontrados para su defensa propia, para el desarrollo y amplitud de sus aspiraciones y el logro a su favor de los medios que puede prestar el Estado.

Ahora bien: con relación a esas y opuestas fuerzas sociales, el Estado debe cumplir un fin, que llamamos el *fin de cultura social.* Y éste, según la conciencia actual, consiste principalmente en la conservación de la paz económica y religiosa en la sociedad; en encontrar el medio de que los diversos cuerpos sociales se desenvuelvan pacíficamente y vivan en armónica vida unos con otros. Y se lograría el más alto fin de cultura cuando los grupos sociales, renunciando al predominio de sus particulares intereses, cualesquiera que fueran, se concertaran para reforzar el espíritu nacional y tendiesen a asegurar la libertad individual.

Para conseguir este fin, no basta que el Estado permanezca neutral en la lucha de intereses entre grupos corporativos más poderosos, ni basta que mantenga el orden público y la paz interior y tome defensa de los derechos individuales contra los ataques de las instituciones sociales, sino que es necesario que adopte una actitud positiva (en esto del fin de cultura), desarrollando progresivamente el espíritu público, base necesaria de la unidad nacional. Es preciso ponderar la inevitable lucha de los intereses sociales, fortificando el sentimiento de solidaridad nacional. Esto se logra aplicándose, ante todo, a crear y sostener instituciones que, sin conferir privilegios a determinadas clases, sean accesibles y aprovechables para todos.

2. Juicio crítico. — Hay, en la concepción de los fines del Estado, propuesta por Holtzendorff, *dos equivocaciones fundamentales*: la confusión del medio con el fin, y el valor y alcance moral que da a la variable conciencia nacional de cada época.

Prescindiendo de la mayor o menor exactitud de algunas de sus consideraciones (que no corresponde a este lugar el aquilatarlas), como las que se refieren a la manera de entender la libertad individual y la extensión que da a sus derechos, es cierto, y no hay por qué negarlo, que, como misión suya, no debe descuidar el Estado el fomento de su poder; que a él le corresponde también el reconocimiento y defensa de la libertad de los ciudadanos; que ha de procurar que reine la más íntima armonía entre los diversos encontrados elementos que forcejean en su seno. Pero todo ello no tiene otro carácter que el de medio para la aspiración final del Estado, que es conservar la paz y el orden y promover la prosperidad social.

Por eso, en la exposición que el autor hace de la triple finalidad atribuída al Estado y, sobre todo, en las aplicaciones (muy prudentes para su tiempo) deducidas de la necesidad de fomentar la potencia nacional, se advierte cuán insuficientes y distintas habían de ser en nuestros días. En nuestro tiempo, tanto las garantías internacionales, como la estructura político-geográfica de las naciones, como las condiciones de la vida interna de los Estados, en tal forma han variado, que seguramente aconsejarían la aplicación de otros medios y procedimientos. Sin embargo, teóricamente, los fines del Estado en nada han variado.

Lo mismo habría que decir del otro error en que incurre al adoptar, como criterio para determinar los fines del Estado, a la conciencia nacional. La conciencia nacional, como la conciencia individual, está sujeta a errores, a sugestiones variadísimas y aun opuestas; puede, por lo mismo, reflejar lo mismo la verdad que el error. Por consiguiente, aceptar como fines del Estado lo que en cada momento histórico propone la conciencia nacional, es erigir la anarquía de una continua e insegura variabilidad, como norma para la resolución de uno de los problemas más fundamentales de la vida pública. La mirada de la razón, en este caso, como en otros similares, debe fijarse en el Estado mismo, en su naturaleza, en su origen, en sus caracteres, que es lo único que nos ha de ofrecer las normas seguras, constantes, verdaderas de sus fines.

3. El poder o fuerza del Estado como fin del mismo. E. Von Treitschke. — Puede considerarse al Prof. E. Von Treitschke, como uno de los representantes más genuinos de la teoría que algunos llaman del nacionalismo imperialista, y que, a consecuencia de la guerra europea de 1914, adquirió, en años posteriores, particular relieve: la teoría que supone que la misión principal del Estado consiste en fomentar, lo más posible, su poderío y su fuerza material y moral.[1]

---

1 No faltan quienes atribuyen el estallido de la 1.ª guerra mundial, que desde 1914 asoló, durante cuatro años, a Europa, al influjo de estas doctrinas imperialistas difundidas por Profesores alemanes y profesadas por sus políticos y militares y, en general, por las últimas generaciones alemanas, amamantadas de ellas. A este propósito, se citan a Nietzsche y a Treitschke, a Bischmark y Von Bulow, a Klaus, Wagner y Clausewitz, a Molke y a Von Bernhardi. (Véase a POSADA: *Tratado de Derecho Político*, t. I, vol. I. Estudio Preliminar.)

Otros, en cambio, echan su tanto de culpa a los recelos de Inglaterra

Treitschke confiesa lealmente[1] que el principio fundamental de su teoría sobre los fines del Estado lo halla claramente formulado en Maquiavelo. Ese principio es "el Estado es la fuerza", o sea, que el fin propio del Estado está en fomentar su poderío material o su fuerza. Verdad es que el político florentino admitió también, entre los dogmas de su doctrina de Derecho público, otros principios inadmisibles por inmorales, como "el fin (en política) santifica los medios" o "lo que es apto para conseguir un fin propuesto ya, por el mismo hecho, es justo y necesario". Pero esto no quita para que podamos declarar con satisfacción que el genio del estadista florentino fué el primero que, con todas las consecuencias portentosas de su pensamiento, propuso como columna fundamental de toda política la grande idea: "El Estado es la fuerza. Porque ésa es la verdad, y quien no tiene fortaleza suficiente para mirar cara a cara esta verdad, debe abandonar la política".

4. El máximum y el mínimum de la actividad del Estado. La justicia. La guerra. La economía. El estado de cultura. — Treitschke declara su pensamiento completo sobre los fines del Estado en el párrafo segundo del tomo primero de su obra "*Politik*". Distingue un máximum y un mínimum en la actividad del Estado. En cuanto al máximum a que puede extenderse la acción de un Estado, puede decirse que la teoría no puede señalarle límites. Puesto que, siendo el Estado potencia, puede abrazar en la esfera de su actividad toda la actividad humana, al menos en cuanto ésta se manifiesta externamente en el consorcio humano. Así lo confirma también la historia de algunos pueblos; y cita el ejemplo de las repúblicas comunistas y las reducciones de indios del Paraguay, formadas por los Misioneros Jesuítas. El mínimum a que debe extenderse la actividad de cualquier Estado, si quiere

---

por la prosperidad arrolladora del pueblo alemán, sobre todo, en el comercio y en la industria, que amenazaban su dominio económico en el mundo; a las ambiciones desatadas del Imperio Ruso; a la meticulosidad patriotera de Francia, o a todas esas causas a la vez... La historia lo decidirá, dentro de algunos lustros, con más imparcialidad que nosotros.

Al estallido de la 2.ª guerra mundial han debido contribuir también los mismos factores. Aparte de las nuevas y funestas doctrinas que en uno y otro bando han florecido (nos referimos, en especial, al racismo y comunismo) tan alejados de los principios de la moral cristiana y tan aptos para fomentar tendencias imperialistas y guerreras.

1 *Politik*, I, pár. 30.

conservar este nombre, son la justicia y la fuerza o la guerra.

Ambas a dos actividades suponen una economía pública por la que el Estado pueda recaudar los medios materiales necesarios para cumplir la misión de la justicia y de la guerra. Pero el Estado no debe detenerse ahí. De su competencia es también ejercer una acción positiva en la educación de su pueblo, elevándole hasta crear en él un verdadero carácter. Pero lo característico de esta teoría radica en el valor excepcional que concede a la guerra, no sólo justificándola moralmente, sino presentándola como la mejor educadora de los pueblos, esencial a su vida y progreso, y origen de los beneficiosos resultados.

La necesidad de la justicia administrada por el Estado en el interior es evidente. La actividad del Estado en esta parte es múltiple, según las circunstancias. En el derecho privado, claro es que debe señalar algunos límites a la voluntad de los ciudadanos; pero, en general, el Estado debe intervenir sólo como mediador dejando a la libre voluntad de los ciudadanos, dentro de ciertas normas, el ejercicio de sus derechos privados, la ejecución de lo contratado, y estableciendo reglas fundamentales, según las cuales se resuelvan las controversias que se puedan suscitar.

En el derecho público, sobre todo en el penal, la intervención del Estado es más intensa, directa y obligatoria. Y, en contraposición de lo que ocurre en el privado, puede afirmarse que el derecho público es plenamente obligatorio, y no deja libre a la libertad de los ciudadanos el obrar o no, o el hacerlo en un sentido u otro.

La guerra es esencial al Estado.[1] Sin la guerra, dice el profesor alemán, no existe el Estado. Todos los Estados han nacido de la guerra; por eso, la misión primaria y esencial del Estado será siempre la defensa armada de los propios ciudadanos. O, como dice Bernhardi, la guerra es la esencia y fin del Estado; la debilidad es el pecado contra el Espíritu Santo en política.

Y la guerra es esencial al Estado, en primer lugar:

a) Porque es necesaria e inevitable. No se deduce otra cosa ni de las leyes del pensamiento humano, ni del estudio de la naturaleza

---

1 Véase para este punto, además de Treitschke, VON BERNHARDI: *Alemania y la próxima guerra*, c. I.

humana. El pacifismo o el ideal de la paz perpetua podría fundarse o en el hecho de un Estado aislado o en el del Estado cosmopolita que abarcara todo el mundo; ambas cosas son utopías y sueños irrealizables.

No son tampoco prácticos ni eficaces los medios propuestos por los pacifistas para evitar las guerras. Es imposible pensar en un Juez supremo colocado, por su autoridad, sobre los Estados y apto para dirimir sus contiendas, puesto que los Estados, por su naturaleza, son soberanos.

Tampoco puede pensarse en buscar la solución de las cuestiones entre Estados en tribunales de arbitraje, y ello por dos razones: 1) porque no existe ni puede existir un derecho reconocido y aceptado siempre por todos, en el cual se fundaran las sentencias de tal tribunal; y 2) porque no habría quien garantizara que los litigantes habrían de someterse al fallo.

b) No sólo las guerras son inevitables, sino que la guerra es una exigencia biológica y el adecuado dinamómetro para dirimir las contiendas jurídicas, y cuyos fallos son siempre justos.

La guerra es un elemento regulador de la vida de la humanidad, del cual no se puede prescindir, porque, sin él, obtendríamos un desenvolvimiento enfermizo, incompatible con el mejoramiento de la especie humana, y, por consiguiente, de toda verdadera civilización.

En la naturaleza, la lucha por la existencia es la base de todo desarrollo saludable. Y lo que domina es la ley del más fuerte; sobreviven sólo las formas capaces de procurarse, por sí mismas, las más favorables condiciones de vida. En el mundo de las plantas y de los animales, el proceso de esa lucha se realiza en una tragedia inconsciente. En la raza humana se desenvuelve de una manera consciente, y está regulada por leyes sociales. El hombre de vigorosa voluntad e inteligencia poderosa trata de afirmarse por todos los medios, el ambicioso procura sobresalir, y, en todos estos esfuerzos, el individuo dista mucho de dejarse guiar únicamente por la conciencia del derecho. Muchos hombres, sin duda, se guían por motivos ideales; pero en proporción mucho mayor se rigen por pasiones menos nobles: el deseo ardiente de posesión, de goces, de honores, la envidia y la sed de venganza, los apuros de la vida, etc.

Ahora bien: esta lucha, cuando es intrasocial (dentro de un Estado), existe siempre la ley del Estado con poder suficiente para enfrenar lo injusto, hacer prevalecer el derecho y acrecentar activamente los intereses morales y espirituales de la sociedad. Pero en la

lucha extrasocial (entre varios Estados), no existe, no puede existir tal ley, y no queda para dirimir las contiendas más que la ley del más fuerte, la guerra. Y vencerá el pueblo que tenga, para arrojarlo en la balanza, el máximum de fuerza física, mental, moral, material y política, y que, por consiguiente, reúna las mejores condiciones para defenderse por sí mismo. Y vencerá, en definitiva siempre, aunque temporalmente sufra alguna derrota o vencimiento. Pues bien: esa lucha, como consecuencia de una ley de la naturaleza, del instinto de propia conservación que conduce a ella, se halla completamente justificada en su calidad de condición natural de toda vida.

En las naciones fuertes, sanas y florecientes siempre existirán razones biológicas fundadas en su conservación y pleno desarrollo que fatalmente la empujen a esa lucha y, en último término, a la guerra: el aumento constante de población que requiere, llegado a cierto término, expansiones territoriales para establecimiento del exceso de la misma, las necesidades mismas del trabajo industrial, que reclama nuevos mercados... De ahí el derecho justificado y admitido de conquista política y comercial, que al fin puede degenerar en la lucha armada...

En tales casos (dice Bernhardi), tiene razón y derecho el que tiene la fuerza necesaria para conservar lo que posee o para hacer conquistas. La fuerza es a la vez el supremo derecho, y la contienda jurídica, la guerra, cuyas resoluciones son, al mismo tiempo, siempre justas, desde el punto de vista biológico, puesto que dimanan de la esencia misma de las cosas.[1]

c) Es también la guerra una exigencia de los pueblos, factor imprescindible de la civilización, escuela de todas las virtudes, el único instrumento por el que los pueblos han de alcanzar sus grandes fines morales.

Así como el individuo no puede llevar a cabo ninguna acción moral más noble que la de dar su vida por su fe y sacrificar su propio yo a la causa que ha abrazado o al concepto de un bien ideal, únicamente beneficioso para su personalidad moral; así, tampoco los pueblos, los Estados, pueden cumplir nada más elevado que poner todas sus fuerzas al servicio de su propia conservación y en defensa de su honor y dignidad. Y sólo puede manifestarse en la guerra; sólo existiendo la posibilidad de la guerra, se mantendrá en las naciones el vigor que engendra tal espíritu y que hace capaces a los pueblos de cumplir las tareas

1 Véase VON BERNHARDI: loc. cit.

más altas de la civilización, por medio del pleno desenvolvimiento de todas sus virtudes morales.

Porque misión la más alta del Estado es la de elevar las fuerzas espirituales y morales de un pueblo a su desarrollo máximo, asegurándole en el mundo el influjo que le corresponda para el progreso total de la humanidad. Y la guerra, como el mayor excitador de la vida y fomentador de energía que se conoce, acalla en el individuo la voz del egoísmo, hace olvidarse de sí propio y sacrificarse por la gran idea del Estado. En la guerra se manifiesta todo lo fuerte y grande y se desenmascaran todas las grandezas aparentes que, en el marasmo de la paz, habían vegetado.

"La guerra, decía Federico el Grande, proporciona a todas las virtudes el campo más fructífero, pues a cada momento pueden brillar en ella la constancia y entereza de ánimo, la compasión, la grandeza de alma, la nobleza de espíritu, la benignidad; cada instante ofrece la ocasión de ejercitar algunas de estas virtudes."

Es verdad que a las guerras acompañan, de ordinario, muchas calamidades materiales y psíquicas; pero todas esas máculas y actos aislados desaparecen ante el idealismo en que generalmente se inspira.

Justicia, ejército y alguna manera de economía: he aquí los fines primarios de un Estado. Pero no bastan, prosigue Treitschke; es absolutamente falsa la teoría del moderno individualismo, tan en boga durante gran parte del pasado siglo, y que convertía al Estado puramente en una institución de seguro, teoría en la que ni la guerra encontraba suficiente explicación.

El Estado debe ser verdaderamente un Estado de cultura, es decir, el Estado está destinado a ejercer una acción positiva en la educación del género humano. Por lo tanto, el Estado de cultura ha de dirigir sus esfuerzos positivos a elevar la vida espiritual y económica del pueblo. Es errónea, bajo este aspecto, la idea que considera como un lujo para el Estado, como un lujo del cual se pueda prescindir, el fomento de las bellas artes. El arte es tan necesario al hombre, como el pan cotidiano.

Muestra también la historia que, a medida que va creciendo la civilización de un pueblo, va ensanchándose en él la actividad del Estado, y que éste, mejor que cualquiera otra comunidad humana, sabe realizar los fines de la prosperidad y educación popular y nacional.

Finalmente, termina Treitschke con estas dos observaciones:

1. Que, a medida que crece la cultura y se ensancha el radio de actividad del Estado, la acción del mismo tiende a ser más indirecta,

obra como excitadora, fomentadora indirecta de toda la economía nacional.

2. Que con la elevación del nivel cultural aumenta también la estimación que la autoridad del Estado tiene de la libertad de la personalidad humana que reconoce, garantiza y protege.

5. Juicio crítico de la teoría. — La nota característica en la teoría de los fines del Estado que acabamos de exponer, se reduce al concepto peculiar que de la guerra tiene, y al valor real, moral y educativo que atribuye a la contienda armada. Que la justicia, que una cierta economía pública, que el fomento de la prosperidad nacional, por medio de la conservación y desarrollo de las fuerzas espirituales y materiales de los pueblos, correspondan, como fin peculiar, al Estado, es idea vieja, aceptada desde muy antiguo por la ciencia política. Vamos, pues, a concretar nuestra crítica al punto culminante y propio de la teoría: a la guerra.

Que la guerra entre los hombres sea un fenómeno inevitable, no cabe duda. Así lo creemos sinceramente, pese a los mejores deseos pacifistas y a las más leales execraciones de las violencias que consigo lleva la guerra. Y la razón de este hecho, más que en la ineficacia intrínseca de los tribunales arbitrales supranacionales, o de falta de un derecho reconocido inter o supranacional, radica en las pasiones humanas, en el egoísmo social, que, como el individual, es y será siempre origen de pleitos, crímenes y atentados violentos.

Pero de que la guerra sea un hecho inevitable no se deduce que sea esencial al Estado, ni que sea instrumento insustituíble de prosperidad y educación de los pueblos, ni que siempre, en sí y en sus efectos, sea moral y noble... Todo lo contrario.

Por de pronto, hay un error gravísimo en la suposición de que la guerra sea una necesidad biológica, una ley natural (en sentido de física); buena, por lo tanto, en sí, justa en sus consecuencias y éxitos. Siempre fué, como aparece en el caso presente, fuente de crasos errores la equiparación de seres y leyes de la naturaleza física con los de naturaleza moral. Porque ambos seres, con sus leyes respectivas, son radicalmente distintos en sí mismos, en sus actos, en sus tendencias y en sus destinos. Los meramente físicos, es decir, que carecen de inteligencia y libertad, no son siquiera capaces de moralidad, ni de justicia,

ni de virtud, ni de vicio; en una palabra, no puede aplicárseles con verdad ni el derecho, ni la justicia, ni ninguna idea de moral, de mérito, de responsabilidad, etc.

Por lo tanto, comparar, para equipararlos o asemejarlos después en la calificación y en el juicio, la libre y reflexiva operación humana, su destino, sus actos (entre ellos la guerra), con el desarrollo de la vida y tendencias físicas, tal como se realizan en el mundo meramente vegetal y animal, es incurrir, al mismo tiempo, en una enormidad lógica y en una enormidad moral.

En una *enormidad lógica,* porque siendo la equiparación imposible, las consecuencias serán necesariamente falsas, como quien quisiera deducir los fenómenos y leyes de un organismo vivo, como el del hombre, de los fenómenos y leyes de una naturaleza inerte e inorgánica, como un pedazo de mármol.

Una *enormidad moral,* porque es quitar a la idea del derecho, de la justicia y del bien toda la grandiosidad y dignidad de su naturaleza de orden superior, rebajándoles a la categoría de un fenómeno físico, irresponsable, amoral...

De donde se deduce cuán disparatadas y sin sentido nos parecen, cuán profundamente inmorales aquellas palabras de Von Bernhardi (l. c.).

"En tales casos, tiene razón y derecho el que tiene la fuerza necesaria para conservar lo que posee o para hacer nuevas conquistas. La fuerza es, a la vez, el supremo derecho, y la contienda jurídica se decide por el adecuado dinamómetro: la guerra, cuyas resoluciones son, al mismo tiempo, siempre justas, desde el punto de vista biológico, puesto que dimanan de la esencia misma de las cosas."

Estamos también muy lejos de creer que sea la guerra un factor poderoso de civilización, escuela de grandes virtudes, instrumento necesario del progreso de los pueblos. Al revés.

La guerra lleva en sí misma entrañada una gran inmoralidad: la de erigir a la fuerza en juez inapelable de las contiendas humanas, induciendo a elevar el éxito de un hecho brutal, en fallo sagrado del derecho. Ha sido, además, siempre la guerra manantial de irreligiosidad y de crueldades, de odios y venganzas, de embrutecimiento y corrupción de costumbres...

No vale decir que, con ocasión de la guerra, se ejercitan, como decía Federico II (y lo sabe todo el mundo), grandes virtudes; porque también dan ocasión de ejercitarlas otras grandes calamidades y azotes que Dios envía sobre la humanidad, como una peste desoladora... donde el valor se lleva hasta el horoísmo, la caridad hasta el

sacrificio de la vida, el amor de Dios y la resignación en su voluntad hasta el martirio...

La raíz de todas estas virtudes no es la guerra en sí, sino el alma humana, tesoro inexhausto de virtudes, sobre todo cuando la abruma la tribulación, y mucho más cuando está informada de la fe cristiana y de la gracia divina; mostrándose al mismo tiempo la verdad y grandiosidad del ideal cristiano que tanto, y aun mejor que en la prosperidad, encuentra, en las sendas trabajosas de la tribulación, el camino que le lleva a su destino, a Dios...

Dígase lo mismo respecto de las fuentes de la prosperidad nacional, que a veces se abren por la guerra. Así puede suceder, como en toda sacudida violenta, que, por el reflejo de la reacción, excita y despierta las fuerzas amortiguadas de los seres. Pero no es la guerra la verdadera causa, sino la imperecedera virtualidad humana, siempre dispuesta, mientras no quede aniquilada, a reflorecer en nueva vida. La guerra de por sí es destructora y, en efecto, ha destruído con frecuencia la obra de grandes y largos esfuerzos y energías humanas, y ha debilitado y aniquilado muchos pueblos. No hay que confundir, por lo tanto, los buenos efectos que, *per accidens,* produce la guerra, como produce una enfermedad en el organismo humano, con la propia causalidad efectiva de la guerra.

Bien harán, pues, las naciones en prepararse para la guerra y acudir a ella, cuando no les queda ningún otro recurso humano para su defensa y la de sus derechos legítimos. Es una dolorosa necesidad impuesta a los individuos y sociedades humanas (necesidad que reviste determinados caracteres en la sociedad-Estado), como la necesidad impuesta a un caminante a quien pueden asaltar, robar o asesinar en el camino o estorbarle a que siga en pos de su destino. Pero no es eso su fin, es una precaución, un medio.

LIBRO TERCERO

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

SECCIÓN PRIMERA: LA REPRESENTACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

SUMARIO: 1. Las diversas funciones de la soberanía. — 2. Notas históricas: Aristóteles... — 3. El despliegue de la actividad del Estado. Esquema teórico. — 4. La actividad o función constituyente. — 5. ¿Existe el poder moderador, el electoral, la opinión pública, etc.? — 6. La intervención de Montesquieu: la separación de poderes. — 7. Crítica de la teoría de Montesquieu: *a*) Los autores; *b*) Las Constituciones. — 8. Aplicaciones prácticas de la división de poderes.[1]

1. Las diversas funciones de la soberanía. — Es nota esencial de la soberanía, su unidad. Porque el poder es uno, como "una es la soberanía, una la autoridad y uno el Estado a que todas estas ideas se refieren".[2] Y es su nota esencial, porque una sociedad no puede subsistir sin que en ella exista una fuerza única que armonice y dirija los diversos movimientos y actos de los miembros que la componen hacia su fin propio. Porque las voluntades de las muchedumbres tienden, de por sí, a la disgregación, impulsadas como se sienten por diversidad de puntos

---

1 L. SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho Político*, pp. 384 y ss. (Granada, 1947); I. N. GÜENECHEA: *Principia Iuris Politici*, t. I, pp. 215 y ss. (Roma, 1938); CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, sec. 1.ª, párrafo 8. (Revista de Derecho Privado. Madrid); A. MESSINEO: *Il potere costituente*. (Edizioni "La Civiltá Cattolica". Roma, 1946); NICOLÁS PÉREZ SERRANO: *El Poder constituyente*. (Madrid, 1947.) RUIZ DEL CASTILLO: *Manual del Derecho Político*, pp. 189 y ss. (Reus-Madrid, 1939); F. BULLÓN: *Concepto de la soberanía en la escuela política española*. (Discurso de recepción en la R. A. de Ciencias Morales y Políticas. Madrid); J. J. CHEVALIER: *Les grandes oeuvres politiques*, p. 100 (Colin-París, 1950).

2 ROYO VILLANOVA: *Ciencia Política*, c. VIII, n. 2.

de vista y la oposición de intereses; es, pues, indispensable la eficaz imposición de una soberanía que, al dirigirlas, las armonice y unifique. "Es necesario, decía muy bien a este propósito Suárez, que el principio supremo sea uno. Porque, si fueran varios y no estuvieran coordinados entre sí y subordinados a uno, sería imposible obtener la unidad, ni tampoco la justicia y la paz que la obediencia y la concordia llevan consigo, como es evidente. Y cuando decimos un sòlo Príncipe o Principado, nos referimos a una sola potestad, resida ella en una persona individual, o en un Consejo o congregación de varias, con tal que formen una persona moral".[1]

Pero la unidad de soberanía no implica ni la simplicidad de sus funciones, ni la de los órganos que las ejerzan. Al contrario, la actividad soberana, como la misma vida social, es de por sí muy compleja y pueden distinguirse en ella manifestaciones diversas bien definidas y caracterizadas, que dan lugar a que puedan clasificarse; clasificaciones que facilitan, al mismo tiempo que su ejercicio, su conocimiento y estudio. Y no sólo la extensión considerable del territorio nacional y el crecimiento continuo de la población, sino las necesidades y aspiraciones de la vida humana que de continuo se multiplican, los anhelos, en gran parte logrados, de perfección, las pugnas y nuevas oposiciones de intereses, hacen cada día más complicada la vida social, y por ende, la misión y ejercicio de la soberanía que la ha de dirigir. Como, por otra parte, no desaparecen en el hombre ni su imperfección mental, ni su debilidad física, ni la lucha de sus egoísmos, aparecen como indispensables la diversidad de funciones y la variedad de órganos que las desempeñen. Por eso, como afirma atinadamente Orlando, apenas los Estados comenzaron a salir de la primitiva barbarie, dibujáronse en su estructura constitucional los distintos órganos que se adjudicaban el ejercicio de las diversas funciones, diversidad que tenía sus raíces en el principio mismo de la unidad. Y es un error muy extendido en las ideas modernas el señalar la división de funciones o poderes, como carácter peculiar de los Gobiernos de los últimos tiempos llamados libres y representativos, cuando no existe tipo histórico de Estado, aun de los primitivos, en el que no aparezca alguna diversidad de órganos y funciones.

2. Notas históricas: Aristóteles. — En este problema, como en tantos otros, atribúyense a Aristóteles las bases fundamentales

---

1 *Def. Fidei*, l III, c. 1.°, n. 5.

de la teoría, propuestas con tal solidez y claridad, que, aun hoy día, no puede prescindirse de su punto de vista.

Dice así en su *Política*[1]: "En todo Estado hay tres partes que todo legislador prudente debe, en primer término, ordenar convenientemente. Una vez que se organicen bien estas tres partes, puede decirse que el Estado todo está bien organizado; y, realmente, los Estados no pueden diferenciarse unos de otros, si no es por la organización diversa de estos tres elementos".

"El primero de esos tres elementos es la *Asamblea general*, que delibera sobre los asuntos públicos; el segundo es el *Cuerpo de magistrados* (funcionarios públicos), cuya naturaleza, atribuciones y modo de designación es menester reglamentar; el tercero, el *Cuerpo judicial*."

En estas palabras de Aristóteles encuentran muchos señaladas, al menos en germen, las tres funciones esenciales del poder supremo. "Aristóteles, antes que nadie, dice Paul Janet,[2] distinguió tres funciones en la sociedad, y de ahí provino la célebre división de los tres poderes o potencias, que Locke reprodujo y después Montesquieu: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder de juzgar. Montesquieu, pues, no ha creado esta teoría. Lo que le corresponde a él sólo es haber mostrado, en la división de los poderes, la verdadera garantía, y en su distribución la verdadera medida de la libertad."

De manera radicalmente opuesta opinan otros, diciendo que Aristóteles no alude para nada a la verdadera distinción de funciones. "Está fuera de duda, dice Orban,[3] que Aristóteles no conoció el principio de la división de poderes, y que Montesquieu pudo decir, con muchísima razón, en el capítulo intitulado "Manera de pensar de Aristóteles": "los antiguos no conocían la distribución de tres poderes en el gobierno de uno solo". "En la *Política* de Aristóteles, todo se reduce a una simple exposición de hechos, describiendo los Estados y comparándolos. Aristóteles se contenta con decir que hay, en cada uno de ellos, tres cosas que considerar: la asamblea deliberante, los magistrados y los tribunales. Como dice acertadamente Palma, Aristóteles no conoce la distinción de las funciones del Estado; adivina solamente que hay en el Estado diversos órganos. Ni investiga siquiera las causas ni las razones de esta diversidad."

No pretendemos dirimir este problema de interpretación. Cual-

---

1 Lib. VI, C. XI, n. 1-5.

2 *Historia de la Ciencia política*, t. II, l. IV, c. V. Véase también ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale*, n. 87.

3 *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. I, n. 212.

quiera que sea el alcance de las palabras de Aristóteles, existen sin duda, esas tres funciones del Estado, que han servido de base al plan de casi todas las Constituciones, que mantienen en el fondo las nuevas construcciones políticas.

3. El despliegue de la actividad del Estado: esquema teórico. — Una agrupación de hombres que se une para conseguir, en vida común, el logro de los fines humanos, lo primero que necesita es *constituirse,* o como dice Schmitt, "darse un modo y forma de vida".

En otras palabras, todo grupo social — toda entidad política — que desea vivir y cumplir los fines para los que se ha constituído, ha de comenzar su vida organizándose en una estructura conveniente de órganos que dirijan y desarrollen sus actividades hacia la meta y fines propuestos. Esa actividad es la actividad o la función o el poder *constituyente.*

Ella va incluída, como lo hemos de indicar en seguida más ampliamente, en la misma autoridad soberana, que es una cualidad natural de toda unidad política, y que nace con ella y que con ella permanece, siempre, radical y habitualmente. Pero, una vez constituído y organizado el grupo social, en el desenvolvimiento de su vida, distinguen ordinariamente los autores, siguiendo una tradición secular, tres direcciones o clases de actividad: la actividad y función legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Porque requiérese, ante todo, una actividad legislativa que declare y determine las normas que han de regir las relaciones públicas y privadas de los miembros de la comunidad para alcanzar la armonía necesaria de la vida social, y abra el cauce jurídico que conduzca a todos al logro y perfeccionamiento de los fines humanos.

Pero no ha de pararse ahí la actuación del Estado, sino que ha de continuar hasta obtener el cumplimiento de esas normas por la imposición moral, si es posible, y aun por la coacción, si fuera necesario. Porque la mera declaración de las normas de Derecho no es suficiente, ni es de por sí eficaz para obtener el orden de la vida social, entre hombres movidos por el acicate de tantos egoísmos y pasiones. Aparte de que, conseguido el orden externo, ha de dirigir el Estado sus esfuerzos para lograr el máximum de intensidad, unidad y perfección en la prosperidad de la vida social.

Finalmente, las violaciones de dichas normas que la malicia humana ciertamente ha de intentar y consumar; las controversias a que ha de dar lugar la diferente comprensión de las mismas, originada o por su oscuridad e insuficiencia, o por la limitación y encontrados intereses de los intérpretes e interesados; la necesidad de una intervención directa de la soberanía en el reconocimiento de algunos derechos, para amparar y garantizar su ejercicio, dan origen a otra función especial del Estado, cuyo objeto había de ser la auténtica y soberana declaración del derecho, o violado o discutido o desconocido. Tal es la misión de la función judicial.

Si faltare en el Estado alguna de estas tres funciones, la acción soberana aparecería mutilada, imperfecta o ineficaz. Y, en cambio, si estas tres funciones obtuvieran plena realidad, en ellas pudiera quedar absorbida la total actividad soberana de la nación.

Pero al enumerar y determinar esas tres supremas direcciones de la actividad del Estado, llamadas sus funciones, no hay que confundirlas con los órganos encargados de ejercerlas. Ni siquiera suponer que de tal suerte había de encomendarse a ellos el ejercicio de esas funciones, que a cada órgano había de corresponder con exactitud exclusiva y matemática, una sola y única función. No exige eso la teoría de la distinción de las funciones, ni lo comprueba la experiencia de los Estados, porque, en la adjudicación de las funciones, pudieran intervenir ciertos motivos de carácter político que desaconsejaran ese exclusivismo matemático.

Existe, sin duda, como hemos dicho, una función legislativa, y existen, a su vez, órganos a los que, de manera especial, como misión suya propia, se les confía la legislación. Basta esa misión esencial, para que el legislar sea la nota característica de esos órganos, y para que se les denomine, con toda propiedad, legislativos; y a su función, legislativa. Pero eso no impide que se les pueda y convenga confiar, o por su importancia o por otras razones, otros actos que, sin ser propiamente legislativos, adoptaran la forma de ley; como, p. e., la aprobación de las cuentas del presupuesto, la concesión de una gracia o de un ascenso militar... El que esos u otros actos se confíen a los órganos legislativos, no obsta para que su característica sea la elaboración de las leyes, y que de ella tome su denominación.

Dígase lo mismo de la correlación estricta que se quiere establecer entre el órgano y la función judicial, cuyo objeto es la declaración auténtica y soberana del derecho. Y, sobre todo, en la función llamada

ejecutiva, a la que, si bien le incumbe, de manera peculiar, hacer cumplir y respetar las normas legislativas y las declaraciones de derecho, su actuación es mucho más amplia, pues abarca cuanto, respetando las esferas de las leyes y de las sentencias judiciales, pueda contribuir a la paz, al orden y al fomento de la prosperidad.

Existen, pues, esas tres formas de actividad soberana, esenciales al Estado, cuya distinción aparece clara a la razón; cuyo ejercicio, razones de prudencia política aconsejan se confíe normalmente a órganos distintos y autónomos en cierta medida; a las que, con propiedad, se les da el nombre de función ejecutiva, legislativa judicial, pero sin que esa adjudicación y ese nombre lleven consigo, necesariamente, un exclusivismo absoluto y completo de su actividad.

4. La función constituyente. — En toda unidad o asociación política, anclada en sus entrañas, ha existido siempre y seguirá existiendo un poder y una función constituyente. Es verdad que en los tiempos modernos ha sido objeto de particular atención de parte de los estudiosos, que han tratado de investigar más detenidamente su naturaleza, la forma de su actuación y el sujeto en que radica. Pero esta mayor atención, debida en gran parte a circunstancias históricas, ni ha creado el poder, ni ha cambiado su naturaleza.

A nuestro entender, la función o poder constituyente es la misma autoridad soberana inherente a toda agrupación humana nacional, y se manifiesta cuando aquélla dirige su actividad a organizarse, constituirse a sí misma, en forma apta para dirigir convenientemente los destinos de su vida a sus fines. Por lo mismo, radica esa potestad constituyente en la sociedad y en ella permanece perdurablemente. Y por las mismas razones que expusimos en el libro I (Cap. VII) al tratar del origen y sujeto de la autoridad soberana.

Según la manera tradicional española de concebir la formación de los Estados, al recibir la sociedad del Creador la soberanía, como cualidad natural y condición de vida, ha de lanzarse espontáneamente a su primera actuación indispensable para disponerse a vivir.

Y, en esta su originaria actuación, la sociedad no está sometida a una estructura determinada de órganos que la representen y obren en nombre de ella. Cabe, sí, que, reunida en una *convención,* determine su forma de vida. Pero, en el terreno de los hechos, se presenta infinita variedad de circunstancias a

través de las cuales puede manifestar, expresa o tácitamente, su voluntad constituyente o bajo la sombra de un prestigio militar, o de un reconocido predominio económico, o de una prudente dirección social, etc.

Pero, más tarde, constituída ya en el tiempo la unidad estatal y dotada de sus órganos adecuados, puede adoptar e imponer uno u otro procedimiento, como condición precisa para ulteriores y válidas actuaciones constituyentes; es decir, para la enmienda o renovación total de la Constitución vigente. A este poder constituyente organizado y sometido en su ejercicio a determinadas formas o procedimientos llaman algunos autores (Sánchez Agesta) poder *constituyente constituído* o (Pérez Serrano) *derivativo o revolucionario,* en contraste con el primitivo originario.

Analizando el mismo problema, *Carlos Schmitt* distingue la *Constitución* y las *leyes constitucionales.* Éstas pueden variar, en el tiempo, al impulso de la fuerza invariable y constante que es la Constitución; es decir, la voluntad política, con autoridad suficiente para adoptar una decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política. Esa voluntad o facultad de decisión, en contraste con toda dependencia de una justicia normativa o abstracta, denuncia algo esencialmente *existencial* que es el fundamento de validez. Esa voluntad de decisión, siempre invariable y fuente de leyes constitucionales variables, es la Constitución. Pero ahí se estanca el raciocinio del Dr. Schmitt.

Porque si, avanzando ulteriormente, pretendiéramos inquirir de dónde le viene a esa voluntad de decisión su validez, el poder de obligar, nos encontramos ante un enigma, ante una hipótesis o una fatalidad. Hay que *suponerlo.* Porque el profesor Schmitt no admite la ley natural de la que pudiera recibir su validez o fuerza de obligar la voluntad decisionista.

Lo mismo que *Duguit,* que, llegado al punto de investigar un fundamento a la *solidaridad social,* se resigna sencillamente a afirmarla, o como él dice, a *postularla.* Lo mismo que el *Prof. Kelsen,* que, al investigar la fuente de la validez de la primera ley constitucional de la que procede la validez de las demás leyes, nos dice que hay que *suponerla.*

Como indica juiciosamente *Sánchez Agesta,*[1] "el fundamento recto de la legitimidad trascendente del poder *constituyente sólo puede hallarse en el derecho natural,* cuyo flagrante desconocimiento o violación, justifica, en determinados casos, un derecho a la revolución,

1 Op. cit., p. 385.

como creación originaria de un orden nuevo. En tal sentido lo entendía *Jovellanos,* como un poder inmediatamente derivado de la naturaleza (y del cual ni el tiempo, ni la ignorancia, ni la fuerza pueden despojar a las naciones) ni ellas mismas despojarse (citado por S. Agesta, eodem loco).

En resumen: formada una agrupación social humana, por el mutuo consentimiento de sus miembros, con el fin de conseguir, en mutua cooperación, los fines de la vida humana, nace en esa agrupación la autoridad soberana, como ampliamente lo dejamos explicado en el Libro I de este Tratado (V. cc. II, V y VI).

La primera tarea que a esa autoridad se le ofrece en su misión de dirigir la vida social en consecuencia del bien común de todos, es la tarea de *constituirse,* de dotar la agrupación de la estructura de órganos adecuada para llevar a cabo su misión. Y, en ese momento inicial de autoconstitución, ninguna ley positiva constriñe a la sociedad a sujetarse a uno u otro procedimiento. Sin duda, puede acudir al procedimiento de una convención o reunión directa o representativa de sus miembros para decretar su Constitución. Pero de hecho, en la práctica, otras formas de manifestar su voluntad, como acabamos de indicar, son legítimas y han logrado perfecta validez.

Pero es necesario también considerar, aparte del inicial, otros momentos, otras hipótesis sociales, las únicas posibles en nuestros tiempos de sociedades políticas ya constituídas de muchos siglos atrás y plenamente organizadas. En este caso, de una sociedad ya organizada con régimen y orden jurídico propios, ¿de dónde procede y en qué sujeto radica la fuerza del poder constituyente? — Estamos en el caso del poder *constituyente constituído* o *derivativo.*

Entonces la sociedad constituída y en virtud, en último término, de la primitiva o anterior Constitución, tendrá señalado el camino y procedimiento para llevar a cabo la reforma parcial o total de la Constitución hasta entonces vigente. Con el cumplimiento de esas condiciones precisas, recibirá la nueva fórmula constitucional la sanción de legitimidad que necesita para obligar a todos a su reconocimiento. Sanción que recibe de la misma sociedad, que para este fin ha fijado aquellas condiciones.

Pero acaece, y con demasiada frecuencia, que se redacta e impone una nueva Constitución, rompiendo violentamente con la precedente, cuyas medidas preceptivas, en cuanto al procedimiento y trámites de reforma se violan o se abandonan; p. ej

con una revolución triunfante o un afortunado golpe de Estado.

Ante todo, la nueva fórmula constitucional no puede recibir la unción de la legitimidad del mero triunfo del movimiento revolucionario o del golpe de Estado. Esos sucesos y fenómenos sociales pueden desarrollarse, al amparo de la justicia, cuando concurren las circunstancias sociales que justifiquen el hecho de la rebelión o el golpe de Estado contra la situación vigente; o pueden también constituir meras turbulencias o perturbaciones sin la bendición de la justicia y del derecho.

Pero, en todo caso, derrocado el orden jurídico vigente, no por eso desaparece el Estado ni la unción sustancial de sus miembros en cooperación mutua para conseguir los fines humanos. En una palabra, subsiste la sociedad y en ella la soberanía, que recobra sus fueros y derechos nativos de suprema directora de la vida social. A ella, pues, se ha de acudir para que otorgue su consentimiento, y, con él, la validez a la nueva Constitución que se haya fraguado o se vaya a fraguar.

5. ¿Existen otros poderes: el poder moderador, el electoral, la opinión pública, etc.? — Además de las funciones antes expresadas, proponen algunos la *función* o *poder electoral.*

Por muy apasionado que se sea del régimen representativo moderno, en el que es necesario admitir el Derecho electoral, para la designación de los miembros del Parlamento, no creemos que el electorado mismo sea esencial a la vida del Estado. Así lo han demostrado los siglos y la experiencia contemporánea, y así lo concibe también la razón al reconocer la licitud y, a veces, la conveniencia de sistemas de Estado y gobierno en los que no existe ni el derecho ni la función electoral. Pero, aun cuando en ciertos sistemas de gobierno, hoy en día, sin duda, establecidos en todos los países civilizados, exista la función y derecho electoral, no es función y poder del Estado; es una operación, un trámite, reconocido justamente por la ley como derecho, trámite indispensable para la formación de todos o de algunos de los órganos que ejerzan las funciones del Estado.

No nos dicen nada las palabras de Hauriou que admite y defiende este poder del Estado (a una con el deliberante y ejecutivo) cuando escribe[1]: "Nombrar a uno para un puesto del Es-

1 Op. cit., p. 701, 2.ª edic.

tado, es conferirle un poder jurídico, y por consiguiente, es crear, en determinada medida, ese poder jurídico". Los poderes y funciones del Estado existen sin que los miembros del mismo los creen, y están como incluídos en la misma soberanía que toda nación lleva originariamente en su seno como atributo natural de su ser, y cuyo ejercicio o lo reserva para sí o lo confía a determinados órganos, bajo ciertas condiciones. No hay, por lo tanto, aquí ninguna creación jurídica; no hay más que la indispensable designación de personas para el ejercicio de una misión ulterior del Estado.[1]

El poder llamado moderador.[2] — Fué propuesto, como cuarto poder, por Benjamín Constans, por considerarlo como un complemento necesario de los tres poderes clásicos transformados por Montesquieu. Según Santa María de Paredes, ese cuarto poder participa en el ejercicio de los tres poderes y, además, tiene la misión de mantener la armonía y resolver los conflictos que surjan entre ellos. "Porque los tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, son tres resortes que deben cooperar, cada uno por su parte, al movimiento general; pero cuando éstos, sacados fuera de su lugar, se mezclan entre sí, chocan y se embarazan, es necesario buscar una fuerza que los ponga en su lugar. Esta fuerza no puede existir en ninguno de los tres resortes, porque serviría para destruir a los demás, y así, debe estar fuera y ser neutral en cierta manera a fin de que su acción se aplique en todas partes donde sea necesaria, y para que preserve y repare sin ser hostil". Aceptó ya esta teoría del cuarto poder, la Constitución imperial del Brasil (25 de marzo de 1824), que en su art. 18, dice: "Que el poder moderador es la clave de toda la organización política, y está delegado exclusivamente al Emperador, como jefe supremo de la nación y su primer representante para que vele, incesantemente, por la conservación de la independencia, del equilibrio y de la armonía de los otros tres poderes".

Para nosotros no existe esa cuarta función distinta de las tres clásicas, tantas veces mencionadas. Claro es que, supuesto el alcance que Montesquieu da a la distinción de funciones, con-

---

1 HAURIOU: *Precis de Droit Constitutionnel* (1923), c. III, pp. 601 y 607. Vide infra, c. IV El sufragio.

2 GIL Y ROBLES: *Tratado de Derecho político*, t. II, l. IV, c. XIV, n. 5.

virtiéndola en separación de poderes, aparece o la necesidad de un cuarto poder moderador y armónico, o la necesidad de quebrantar esa igual independencia de los tres en favor de uno de ellos, a quien corresponda reducir a los otros a la unidad de soberanía indispensable a todo Estado. Pero, rechazados esos tres poderes *iguales* e *independientes*, no se ve la precisión de inventar, ni de inquirir ningún cuarto poder que venga a remediar las consecuencias inevitables de las equivocaciones científicas.

El Jefe del Estado moderno, a quien no pocos dan el nombre de poder *regulador, moderador*, no tiene otras funciones diversas (aunque muy limitadas) que las que hemos adjudicado y tiene, de por sí, toda soberanía, y, por lo tanto, no es un poder nuevo ni distinto. Atinadamente se expresa sobre este punto Royo Villanova, en su tratadito *Ciencia Política:* "El doctrinarismo político, dice (c. XXIV), ha ideado el llamado poder armónico o moderador, como consecuencia de la división de poderes y de la preocupación de mantener su equilibrio. Nosotros creemos que la función del Jefe del Estado es consecuencia de circunstancias históricas por tratarse del soberano antiguo, cuyas facultades han ido reduciéndose en el régimen constitucional. Podemos decir, pues, que el Jefe del Estado es, no sólo su representación personal, sino el que ejerce la soberanía, salvo las limitaciones establecidas por la Constitución." Ejerce, pues, las funciones soberanas, interviniendo en ellas en el grado y forma que la Constitución le señala, como medida marcada por la soberanía originaria de la nación. Y la llamada resolución de los conflictos entre los poderes, no es sino una manifestación, quizá la más característica, de la soberanía: la de resolver, en último término, los supremos pleitos de carácter público.

Claro es que, según el sistema político fundamental que se sostenga, esa función la ejercerá el Monarca o en nombre propio, como soberano constituído por la voluntad y consentimiento de la nación, o en nombre de la sociedad, inalienablemente soberana. Pero, de todas suertes, no cambia la naturaleza de la función, desde cualquier punto de vista en que se coloque el filósofo político.[1]

Pocas palabras sobre las llamadas funciones *municipal*, de la *opinión pública, militar*...

La *opinión pública* es una fuerza social de innegable eficacia política que siempre ha existido; si bien, en el sistema representativo

---

1 Véase SÁNCHEZ AGESTA: Op. cit., p. 556; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., pp. 640 y ss.

moderno, y con las facilidades modernas de expresión, adquiere, hoy en día, relieve especialísimo. Pero la opinión pública, apoyo y freno, al mismo tiempo, de los poderes, guía muchas veces de los hombres de Estado, necesitada otras de ser encauzada por la competencia e ilustración de clases y hombres especializados, es imposible confundirla con una función del Estado; cae fuera de la órbita de su acción, aunque influya, como de fuera, mucho en ella.

La *fuerza militar* es la última garantía, la suprema defensa de la ley contra todo atropello que proceda de dentro o de fuera de la nación; no es sino garantía de la vida y del normal desarrollo de las funciones del Estado.

La llamada *función municipal* es sólo una derivación de las funciones del Estado, o la función autárquica propia de la personalidad infranacional llamada municipio, con las limitaciones que reclaman su misma situación ante la persona nacional superior en que radica la soberanía.

6. La intervención de Montesquieu: La separación de poderes...[1] — La división tripartita de funciones (aparte la función constituyente) que acabamos de exponer, la reclama la misma naturaleza de la soberanía. Más aún: no sólo la naturaleza de la soberanía, sino razones de equidad y de alta conveniencia social y política, aconsejan que el ejercicio de esas funciones se reparta entre diversos órganos.

Así lo han comprendido los filósofos políticos de todos los tiempos; si bien, en la práctica, la separación de funciones se ha realizado, según las épocas, de diversa manera y con muy distinta significación y alcance. Pero no hay duda de que Locke, y sobre todo Montesquieu, dieron a la distinción de funciones un alcance y una significación especiales, que antes no tenía; significación que ha obtenido éxito tan extraordinario, que la división de funciones así entendida se ha considerado en los últimos tiempos como uno de los dogmas de la ciencia política. La división de poderes, dice Esmein, estaba destinada a ser uno de los

---

1 MONTESQUIEU: *L'Esprit des lois*, l. XI, c. VI; J. J. CHEVALIER: Op. cit., p. 100; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual del Derecho Político*, páginas 159 y ss., pp. 292 y ss.; SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho Político*, pp. 527 y ss., pp. 551 y ss.; DUNNING: *Political Theories. Fron Luther to Montesquieu*, c. XII-5; JEAN DAVIN: *Doctrina general del Estado*, nn. 163 y ss. *El principio de la separación de poderes.* Debate académico en el curso de 1948-49 en la Academia de Ciencias morales y políticas. (N. PÉREZ SERRANO; C. RUIZ DEL CASTILLO; JOSÉ GASCÓN Y MARÍN.)

artículos del credo de nuestros filósofos del siglo XVIII.[1] En efecto, ha tenido una resonancia y una eficacia indiscutibles, y no hay Constitución liberal en la que no se descubra su huella clarísimamente. Ello nos obliga a prestarle particular atención.

Montesquieu, en su libro *L'Esprit des lois,* cambia las tres funciones de un solo poder, en tres poderes iguales e independientes.

Ya Locke, en su *Essay on civil government,* distingue el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder federativo o derecho de hacer la paz o la guerra y los tratados. Pero Montesquieu los determina con más precisión: "Hay en todos los Estados, dice, tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil." "Por el primero, el Príncipe o el magistrado hace leyes para algún tiempo o para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los pleitos de los particulares. Este último debe llamarse poder judicial, y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado."

"Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el Monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente."

"No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos, será arbitrario, porque el juez será, al mismo tiempo, legislador; si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza del opresor."

"Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese esos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares."[2]

Funda su teoría Montesquieu en los supuestos de que no puede haber libertad allí donde no hay separación radical de poderes; en que todo poder único es despótico; y en que un poder no puede moderarse más que por otro poder. "La libertad sólo pue-

---

1 *Elements de Droit constitutionnel,* parte primera, t. II, c. III.
2 MONTESQUIEU: *L'Esprit des lois,* l. XI, c. VI.

de hallarse... allí donde no se abuse del poder; pero una experiencia eterna nos enseña que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentre límites. Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga (refrene) al poder" (l. XI, c. IV).[1]

7. Crítica de la teoría de Montesquieu: *a*) EN LOS AUTORES.[2] — La división de poderes propuesta por Montesquieu ha sido juzgada, a veces, con gran dureza, tildándola de falsa; otras, con mayor lenidad. Sin aceptarla en su rigor literal, opinan algunos tratadistas que puede dar lugar a diversas interpretaciones que suavicen la rigidez de la separación, y conduzcan a una como colaboración de poderes, entre los cuales se consiga la unidad de mando, por un *acuerdo,* y no por una decisión personal.

El señor Ruiz del Castillo (op. et loc. cit.) dedica algunas páginas a la exposición de algunas de esas interpretaciones, como la parlamentaria, la presidencialista, la directorial, etc. Cada una de ellas trata de acomodar la teoría al distinto sistema de engranaje entre los poderes que han adoptado las Constituciones de distinto tipo.

Pero, a nuestro entender, la variedad misma de estas interpretaciones prueba la inconsistencia doctrinal de la teoría que, en su sentido obvio natural, no puede aplicarse a la vida real de las naciones, sin acomodamientos y desviaciones que desnaturalizan el pensamiento genuino del autor del "Espíritu de las Leyes".

---

1 A decir de DUGUIT: *Manuel de Droit constitutionnel,* Pár. 30, la separación absoluta de poderes fué concepción de los revolucionarios franceses, que creyeron hallarla en la obra de Montesquieu. Este nuevo misterio de la Trinidad (frase de Kant), no se encuentra en los pasajes citados de su obra; Montesquieu no pretendía, en el ya célebre citado capítulo, otra cosa que describir la Constitución inglesa y mostrar que aquella Constitución era la que mejor garantizaba la libertad. Bien es verdad que no puede claramente saberse lo que Montesquieu quiso decir. "Es, dice Duguit, una de las fórmulas sibilíticas frecuentes en el *Espíritu de las leyes.*

2 V. ORBAN: Op. cit., t. I, p. 239. Véase también BARTHELEMY-DUEZ: *Traité de Droit Constitutionnel* (Dalloz-París, 1933). Parte 1.ª, tít. III, c. II: La signification et la portée exacte du Principe. Hace muy juiciosas observaciones sobre el asunto, pretendiendo salvar, a toda costa, la teoría, o mejor, la intención del autor. Pero, si el alcance del principio se reduce a lo que tan cuerdamente nos dice Barthelemy, no había necesidad de que Montesquieu escribiese su célebre c. VI, del l. XI.

No son pocos los autores, y de nombradía, que rechazan llanamente y sin titubeos la separación de poderes montesquiano, acusándola de contraria a la naturaleza del Estado y atentatoria a su unidad orgánica que destruye y paraliza.

"Tan imposible es la vida de un Estado en que los poderes estén separados mecánicamente, como la de un cuerpo humano cuyos miembros se conciban separados y desunidos. Y puesto que la idea de Montesquieu era el producir, con el sistema de contrapesos, el equilibrio entre los poderes mismos, lo que, en definitiva, produce el tal equilibrio es la inmovilidad y la inacción; en otras palabras, hace imposible la vida del Estado. No se ocultó a Montesquieu esta dificultad, que le obligó a admitir entre los tres poderes, a uno que debía prevalecer, en caso de conflicto, inclinándose él al legislativo. Pero, de ese modo, esa teoría que sacrificó el carácter orgánico del Estado a la preocupación de prevenirse contra el despotismo, viene por fin a legitimar el peor quizá de todos los despotismos: el de una mayoría numérica. Hora es ya de que nuestra ciencia se libre, sin equívocos ni miramientos, de semejantes errores fundamentales, y reconstituya la teoría de la división de los poderes sobre bases radicalmente opuestas".[1]

Además, los principios en que se apoya la división son contradictorios y absurdos. "Todo poder único es, necesariamente, despótico; el poder no puede limitarse más que por otro poder." Existe para esa afirmación un fundamento innegable en la tendencia natural humana a abusar de su posición, de su poder, cuando se deja arrastrar de las pasiones. Pero hay un error manifiesto en suponer que el hombre sólo se mueve, o por las pasiones, o por otra fuerza que brutalmente se le imponga, que sea, al menos, igual e independiente. Y así, no sólo se olvidan, en el estudio de la naturaleza humana y de las fuerzas que en ella actúan, del influjo de la idea y de la virtud cristianas, sino que se parte del supuesto de que la verdad y virtud natural no tienen arraigo en el alma humana; que no puede sobreponerse a las pasiones la razón iluminada por la luz de la justicia, y por las ventajas que para todos existen en que, de una manera especial, la vida social y política vaya por las vías de la justicia y el bien, en lo que todos están interesados.

Además, en vez de resolverlo, hace el problema insoluble. Si todo

---

1 ORLANDO: *Principii di Diritto costituzionale*, l. II, c. IV, n. 84.

poder es de por sí despótico, lo serán cada uno de los tres poderes en su esfera, en la que son independientes. En vez de a un déspota, tendríamos que soportar a tres.

No se diga que se equilibran por la mutua oposición. ¿Por qué, en vez de oponerse, no se han de sumar para el ejercicio de la tiranía, si así les conviniera? ¿Cómo se consigue la armonía por la oposición, si no existe entre ellos un supremo principio de subordinación orgánica, que, al existir, destruya el principio mismo de la igualdad e independencia? Por lo tanto, para el peligro indudable del despotismo, se va a buscar la solución allí donde no existe, ni puede existir.

Y como es muy razonable hallar en la distinción de funciones y adecuada separación de los órganos que las realizan, siquiera la disminución del peligro de los abusos despóticos, es ilógico y disparatado pretender evitarlos tan sólo mecánicamente y haciendo tabla rasa de factores morales, reales y eficacísimos, que tanto influjo ejercen en la vida del individuo y de los pueblos.

Esto no quita, lo hemos dicho ya, que a la distinción de funciones no deba corresponder la distinción y separación de órganos. Con ello, sin duda, se aleja no poco el peligro de abuso de poder. Lo aconseja también la ordenada distribución del trabajo. La complicación cada día mayor de la vida del Estado, la perfección progresivamente más delicada con que se le exige el cumplimiento de sus fines, demanda, cada vez con más apremio, una preparación técnica más especializada, condiciones personales, energías espirituales, y aun físicas, que superan las ordinarias de individuos y órganos únicos.

Rousseau, en su *Contrato social,* hizo una burla sangrienta de esta manera absurda de separar y dividir las funciones de la soberanía: "Pero nuestros políticos no pudiendo dividir la soberanía en su principio, la dividen en su objeto; la dividen en fuerza y voluntad, en poder legislativo, y poder ejecutivo... Hacen del soberano un ser quimérico, formado de diversas partes reunidas, lo mismo que si formasen un hombre con varios cuerpos, de los cuales tuviera uno los ojos, el otro brazos, el otro pies y nada más. De los charlatanes del Japón se cuenta que despedazan un niño en presencia de los espectadores, y, arrojando en el aire sus miembros el uno después del otro, hacen caer al niño vivo y unido enteramente. Como éstos son, poco más o menos, los juegos de nuestros políticos: después de haber desmembrado el cuerpo social, unen sus piezas sin que se sepa cómo, valiéndose de uno de esos trucos de feria" (l. II, c. II).

También *Bluntschli,* rechaza de plano esa manera de división, diciendo que: "dividir los poderes del Estado y ponerlos realmente (y no sólo en la forma y en la apariencia, como en los Estados Unidos)

en perfecta igualdad, es romper el cuerpo social. Separar la cabeza del cuerpo y hacerlos iguales, es matar al hombre".[1]

El Conde Franscqueville, citado por Orban,[2] añade que, "tomada en su sentido absoluto, la separación es pura quimera: establecería en un mismo Estado soberanías distintas, la lucha incesante y la anarquía".

Y, finalmente, he aquí cómo resume *Laband* su parecer y el de los autores alemanes modernos: "No trae aquí ninguna utilidad al hacer la crítica de esta teoría (la de la separación de poderes), que destruye la unidad del Estado y no es ni lógica ni práctica; los escritores alemanes que se ocupan de política y del derecho público, la rechazan desde hace mucho tiempo casi unánimemente."[3]

b) En las Constituciones. — Si bajamos al terreno positivo de las Constituciones, no sale mejor parada la teoría separatista.

Cítase como modelo de una aplicación, cuasi perfecta, de la teoría, la Constitución norteamericana de 1788. A pesar de la rotundidad de expresión con que comienzan los tres primeros artículos, adjudicando taxativa y exclusivamente los poderes legislativo, ejecutivo y judicial al Presidente, al Congreso y al Tribunal Supremo,[4] la lectura del resto del articulado nos patentiza la inexactitud de tal afirmación. El mismo *Woodrow Wilson,* Presidente que fué de la nación norteamericana y Profesor, nos atestigua en su libro "Congresional Government", que la tal división (de poderes) no existe, sino como una *teoría literaria de la Constitución.*

Y es que la coordinación y mutua dependencia de los poderes impone fatalmente la necesaria unidad de la soberanía y de la organización del Estado. Y el Presidente no podrá concluir Tratados sin la aprobación de las dos terceras partes de los Senadores; ni podrá nombrar los más altos funcionarios del Es-

---

1 *Derecho público universal,* t. I, l. VII, c. CII. Traducción española.

2 Op. cit., t. I, n. 225.

3 *Le Droit public de l'Empire Allemand,* t. II, c. VI, pár. 54. Nota

4 *Artículo* 1.° Todos los poderes legislativos aquí concedidos serán atribuídos a un Congreso de los Estados Unidos que se compondrá de un Senado y de una Cámara de Representantes. *Artículo* 2.° El poder ejecutivo será confiado a un Presidente de los Estados Unidos de América. *Artículo* 3.° El poder judicial de los Estados Unidos será atribuído a un Tribunal Supremo y a tribunales inferiores...

tado. (Ministros, Secretarios, Embajadores, Cónsules, Jueces del Tribunal Supremo...) sin la anuencia del Senado; y el Congreso sentirá intervenida su propia labor por los mensajes y advertencias del Presidente que deberá escuchar y por el veto del Presidente que le obligará a reflexionar de nuevo sobre sus leyes aprobadas y confirmarlas de nuevo en una mayoría de dos terceras partes de sus votos, etc.

Aún ha de sufrir el Congreso la intervención judicial que puede paralizar su labor propia, declarando la inconstitucionalidad de las leyes. En resumen, es el mismo *Woodrow Wilson* quien, con su autoridad de Profesor y Presidente nos dice: "No sé cómo pudiera describirse mejor nuestra forma de Gobierno en una sola frase, que llamándole un Gobierno por los Presidentes de los Comités permanentes del Congreso.[1]

Las Constituciones de tipo parlamentario, por su misma estructura, son un mentís a la teoría del pensador francés; porque el régimen parlamentario significa la subordinación del ejecutivo al legislativo. Es lugar común, cuando nos referimos a la Constitución inglesa, hacer resaltar la "Soberanía ilimitada del Parlamento" - "El Rey en las Cámaras". Pero el Parlamento inglés es ya, y cada vez más, la Cámara de los Comunes. La de los Lores se mantiene apenas vacilante y capitidisminuída en vísperas de desaparición o reforma total. El *veto* de Su Graciosa Majestad ha caído (desde los tiempos de la Reina Ana) en desuso. Al Rey, rodeado de veneración y simpatía social, se le permite en sus contactos con el Premier y sus Ministros, advertir, avisar, aconsejar... Y el Gobierno es la mayoría de los Comunes. El partido-mayoría (mayoría de sufragio universal, igualatorio de hombres y mujeres), la mayoría-popular que impone su voluntad desde las urnas.

Por su parte *Duguit* pone de relieve la contradicción en que incurre la primera Constitución francesa de tipo liberal, la de 1791, al proclamar (art. 16 de la Decl. de Derechos) la separación de poderes, y al establecer luego que la soberanía es una e indivisible y que pertenece a la nación. Contradicción que no se salva con la ingeniosidad de Sieyes, que contrapone un poder constituyente, único poder que reside inalienablemente en el pueblo, a los tres poderes constituídos.

La nueva flamante Constitución francesa de 1946 se desentiende aún más del vano artificio de los tres poderes. Por de pronto, es significativa en ella la omisión del mismo vocablo de *Poder* que no se

---

1 W. WILSON: *El Gobierno Congresional.* Parte 2.ª, p. 83 de la traducción española por "La España moderna".

aplica ni a los órganos legislativos, ni a los ejecutivos, ni a los judiciales. Fija, luego, la soberanía en el pueblo francés, que, al determinar, en virtud de aquélla, las funciones y órganos del Estado, destaca vigorosamente la preeminencia política de la Asamblea Nacional, Cámara baja, o única si se quiere, sobre todos los otros órganos del poder. Allí nace el Ministerio, sometido en toda su actuación, y aun en su vida, a las direcciones que la Asamblea le dicte.

La U.R.S.S. ha creado un nuevo tipo de Constitución que va imponiendo, con poca variedad de matices, en todos los países satélites.

La Constitución rusa desconoce totalmente la separación de poderes. Los concentra todos en el Soviet Supremo de la U.R.S.S., órgano supremo representante de los trabajadores de la ciudad y del campo. El Soviet Supremo ejerce exclusivamente la función legislativa; y elige para las funciones gubernativas y administrativas el Presidium y el Consejo de Comisarios, que deban dar cuenta de su actuación al Soviet Supremo, y son revocables en todo momento.

Reflejo de este tipo son las Constituciones del otro lado del telón de acero, sin variantes de fondo.[1]

8. Aplicaciones prácticas del principio de la división de poderes.[2] — Siendo imposible, aplicada con rigidez mecánica la teoría de Montesquieu, el completo aislamiento de las funciones y órganos de la soberanía, el problema se reduce, en la práctica, a fijar y regular las relaciones de los órganos del ejecutivo con las Asambleas legislativas. Así, al menos, lo plantean los autores contemporáneos, prescindiendo, aunque ilógicamente, de la función judicial; puesto que la independencia e intervenciones de sus órganos es una de las características de la Constitución norteamericana.

Esas relaciones entre los órganos del ejecutivo y las Asambleas legislativas, dicen, pueden reducirse a tres modelos o tipos:

1) Subordinación del ejecutivo a las Asambleas legislativas;

2) Separación e independencia de las funciones y órganos ejecutivos y legislativos;

3) Separación, pero con mutua colaboración, de entrambas funciones.

---

1 Véase CARLOS OLLERO: *El Derecho constitucional de la postguerra* (Bosch, Barcelona). "Información Jurídica", en sus varios números.

2 J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit Constitutionnel*, pp. 145 y ss. 2.ª édition. Domat-París, 1947; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, pp. 159 y ss. Sirey, 1949.

Hemos de limitarnos en este lugar a una ligera indicación, dejando una exposición más amplia para el libro IV, que se ocupa de las formas de gobierno.

a) SUBORDINACIÓN DEL EJECUTIVO A LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS *(Gobierno convencional)*. — Se parte, en este sistema, del principio de que el Parlamento de elección popular (unicameral o bicameral) es la auténtica representación de la soberanía nacional. A tal Parlamento le corresponde, de hecho y de derecho, no sólo la labor legislativa, sino la de gobierno. Pero no siendo conveniente, ni acaso posible, que una Asamblea numerosa realice las múltiples y complicadas tareas de gobierno, se hace necesaria la formación de un órgano distinto, al que se le encomienda esa labor. Este nuevo órgano recibirá su título y sus poderes del Parlamento; será como su Comisión ejecutiva.

Dentro de este sistema, los órganos ejecutivos normalmente son nombrados por las Asambleas legislativas, son responsables ante ellas, y erigidos, revocados y depuestos a su arbitrio. A este tipo de gobierno se acomoda el sistema directorial de Suiza. *El Consejo Federal* es elegido por las Cámaras que, reunidas, forman la *Asamblea General*. A ésta le corresponde la autoridad suprema de la Confederación, y, a una con la legislación, la supervisión y dirección de la función administrativa que ejerce el Consejo Federal. Éste es elegido por cuatro años, pudiendo ser reelegido indefinidamente o revocado.

Dentro de este tipo de subordinación del ejecutivo a las Asambleas debe incluirse la Constitución rusa, y, en general, la de las naciones del otro lado del telón de acero. Y aún pudiéramos añadir la vigente Constitución francesa (1946), a juzgar por los artículos que se refieren a estas relaciones.[1]

b) SEPARACIÓN E INDEPENDENCIA DE LAS FUNCIONES Y ÓRGANOS EJECUTIVOS Y LEGISLATIVOS. — Pertenecen a este grupo los gobiernos que tratan de aplicar con la mayor rigidez posible la teoría de Montesquieu. Por lo mismo tienden a conceder a los órganos ejecutivos, en su propia esfera, una influencia y prestigio igual, al menos, que a los órganos legislativos. Ordinaria-

---

1 V. GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, cc. IX, X y XI. Rev. de Occidente, 1950; CARLOS OLLERO: *El Derecho constitucional de la postguerra*. Bosch, Barcelona, 1949.

mente esos órganos no proceden de las Asambleas. O son hereditarios (monarquía) o de elección popular (república); y no dependen, ni en su existencia ni en su funcionamiento, de intervenciones legislativas.

Suele presentarse como tipo de este grupo la Constitución norteamericana, a la que han imitado las naciones del continente Occidental.

Máxima fundamental del sistema es la separación de poderes, como se expresa claramente en la organización de los mismos. "Todos los poderes legislativos concedidos por esta Constitución son atribuídos a un Congreso de los EE. UU. que se compone de un Senado y de una Cámara de representantes" (artículo 1.°). "El poder ejecutivo se confía a un Presidente de los EE. UU." (art. 2.°).

Esa pretendida separación e independencia de funciones se trata de alcanzar por varios modos: por la forma de elección del Presidente de la República y del Congreso, ambos por sufragio popular; y por la libertad de acción de cada uno de los órganos, en la esfera de su competencia, clara y estrictamente señalada y limitada por la Constitución. Sin embargo, no pudiendo ser completa esta separación, la misma Constitución y las costumbres públicas establecen las relaciones que han de existir, para evitar roces y para llegar a una mutua coordinación en sus funciones.

En este grupo alinearíamos también las vigentes Constituciones portuguesa y española. Ambas han aceptado este sistema huyendo del parlamentarismo que somete el ejecutivo a las Asambleas y que tantos estragos ha producido en la vida pública de ambos países. En Portugal, ni en su designación, ni en sus funciones características dependen el Presidente de la República y el Consejo de Ministros de la Asamblea Nacional, a la que, por otra parte, la Constitución señala y delimita sus atribuciones.

La misma tendencia a la separación e independencia palpita en las leyes fundamentales españolas.

c) SEPARACIÓN, PERO CON MUTUA COLABORACIÓN, DE ENTRAMBAS FUNCIONES. — A este grupo pertenecen los gobiernos llamados parlamentarios, como los de Francia, Inglaterra, Bélgica, Italia, etc.

Nota esencial de este sistema de gobierno es la responsabilidad política del órgano ejecutivo — el Ministerio — ante el legislativo, el Parlamento. En este sentido es el Parlamento el que, otorgando o negando su confianza, exige, sostiene o derriba los Ministerios.

De esta dependencia del ejecutivo al legislativo parece deducirse que el sistema parlamentario debería catalogarse en el primer grupo. Sin embargo, sostienen sus patrocinadores que, partiendo del principio de la separación e independencia de poderes, ni el ejecutivo está enteramente subordinado al legislativo ni hay entre ellos absoluta separación.

Jurídicamente, existe, si no una igualdad política, un cierto equilibrio igualitario. El ejecutivo no se rebaja a ser un mero agente de ejecución de las decisiones del Parlamento; ni hay tampoco una separación rígida de funciones como en el segundo grupo.

No hay una rígida separación, puesto que el sistema admite una recíproca interacción de entrambas funciones, de la una sobre la otra. Los miembros del órgano ejecutivo, aunque no pueden paralizar la labor legislativa de las Asambleas, como miembros de las mismas, intervienen en su gestión con su iniciativa, discusión y voto.

De la misma manera, las Asambleas legislativas, con el otorgamiento y negación de su confianza, pueden intervenir en la formación y gestión de los órganos gubernamentales; pero, a la vez, éstos, en casos de discordia, pueden provocar la disolución de las Asambleas, apelando a la sociedad con nuevas elecciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

SUMARIO: 1. La representación: noción y acepciones. — 2. La representación en el régimen antiguo: a) base social de la representación y modos de designación; b) relación entre los representantes y representados; c) los representantes y el titular de la soberanía. — 3. La representación en el régimen liberal moderno. Su fundamentación racional: *a*) Opinión de Rousseau; *b*) Teoría del mandato nacional; *c*) Teoría jurídico-orgánica. — 4. El pueblo aclamante de C. Schmitt. — 5. La representación como institución política.[1]

1. La representación: noción y acepciones. — Es la representación una de las ideas fundamentales del Derecho político, íntimamente unida por el ejercicio de las funciones del Estado, y cuyo estudio, por lo tanto, no puede retardarse lógicamente.

Refiriéndose a ella, dice acertadamente Gil y Robles (Enrique)[2] que la representación no es concepto ni institución meramente histórica; la representación es "una propiedad y nota de *todo Gobierno* regularmente constituído y ordenado a sus fines". Y en esto conviene con otros escritores de tendencias opuestas, como Orlando, que repite también que el contenido de la noción de representación, se refiere a toda forma de gobierno.[3]

En efecto: la única forma de gobierno en que no cabe la representación, es el *Gobierno directo;* pero el Gobierno directo, en toda su pureza, es de una realización imposible. Podrá llegarse,

---

1 ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale,* l. III, n. 105; SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho político,* pp. 474 y ss. (3.ª edición); RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho político,* pp. 207 y ss.; CARLYLE: *A history of Medieval Political Theory in the West,* vol. V, p. 1.ª, c. IX (Edinburgh and London, 1938); COLMEIRO: *Curso de Derecho Político,* capítulo XXIX; C. ILBERT: *El Parlamento* (Labor, Barcelona); P. VIOLLET: *Histoire des Institutions Politiques et Administratives de la France,* t. III, p. 182; ROUSSEAU: *Contrato social,* l. III, c. XV; SCHMITT: *Teoría de la Constitución,* p. 281 (Ed. Derecho Privado).

2 *Tratado de Derecho Político,* t. II, c. XVII, n. 5.

3 *Principii di diritto costituzionale,* l. III, c. I, n. 105.

como en Suiza, y en especial en algunos de sus cantones, a que imperen, en mayor o menor grado, las instituciones públicas de carácter directo, como la Landsgemeinde, el referéndum, la iniciativa popular. Pero ni en los cantones más reducidos y de vida política menos complicada puede prescindirse de que el ejercicio de las funciones ejecutivas y judiciales esté en manos de representantes, ni la misma Landsgemeinde deja de ser, hasta cierto punto, una Asamblea representativa. Puede concluirse, por lo tanto, que la cuestión de la representación tiene carácter e importancia tan general en la ciencia política, como la que se refiere a las funciones del Estado.

La palabra representar tiene, en el lenguaje vulgar, distintas acepciones. Denota, a veces, la expresión de una cosa por otra, como cuando decimos que la bandera *representa* a la patria; indica, otras veces, la reproducción de un hecho, y así decimos que, en el teatro, se *representan* escenas de la vida, tipos y caracteres de la realidad; y también significa exponer, pedir, reclamar, como cuando un hijo *representa a su padre* las dificultades que se oponen a la realización de su mandato o deseo.

Del lenguaje vulgar pasó el término al orden jurídico, y, en el derecho privado, por medio de la representación, una persona sustituye a otra, cuya voluntad significa y manifiesta con eficacia legal, como si la persona sustituída actuara por sí misma. De aquí la institución civil de la *representación*.

En el Derecho público existe también el concepto de representación derivado de sus acepciones vulgares. Y significa exposición, súplica, petición..., como cuando los procuradores de las Cortes antiguas *representaban* al Rey la imposibilidad de cumplir ciertas órdenes, o la necesidad de determinadas medidas legislativas; y significa, además, la sustitución de una persona o personas por otras, de forma que la que sustituye reproduce la personalidad y derechos de la sustituída, con efectos jurídicos eficaces; tan eficaces, dentro de determinadas condiciones, como si no hubiera habido sustitución de ninguna clase. Así se dice que los miembros del Parlamento representan a la nación, o representan a los ciudadanos.

Pero estas nociones, tan sencillas y obvias, sobre las distintas acepciones en que puede tomarse la palabra representación, indican claramente el distinto alcance que ha de tener la institución del mismo nombre según la teoría o sistema en que se

apoye. Nosotros nos limitaremos a la esfera del Derecho público.[1] El Prof. Sánchez Agesta expresa esta noción sencilla y clara de representación en una fórmula más amplia, dando particular relieve al carácter *público* de la representación, y al vínculo que une a representantes y representados. La representación "es una sustitución *pública* entre dos existencias" (es decir, ante el público, ante tercero, ante el cual ha de valer la sustitución) "por razón de un vínculo que determina un desplazamiento de la imputación de las acciones del representante en la persona del representado". Rodeo ampuloso con perjuicio quizá de la sencillez y claridad del pensamiento.

2. La representación en el régimen antiguo:[2] *a*) BASE SOCIAL DE LA REPRESENTACIÓN Y MODOS DE DESIGNACIÓN. — Ante todo, la base social de la representación en el régimen antiguo, desde la Edad Media, era totalmente distinta de aquella sobre la que se levanta la representación moderna. Ésta supone una sociedad individualista formada por la unión de individuos, los ciudadanos todos iguales entre sí. La sociedad atomizada elige a sus representantes. La representación en el régimen antiguo, al contrario, supone a la sociedad organizada, o estructurada en grupos, clases y gremios, a través de los cuales se forma la representación. Es, sin duda, este género de representación el retrato más fiel y exacto de la realidad social, que no existe ni vive atomizada y desligada en individuos, sino agrupada en clases, gremios, asociaciones, de cuya unión sale la entidad nación.

*

Los organismos representativos más genuinos de aquellos tiempos eran las llamadas *Cortes* en España, el *Parlamento* en Inglaterra, los *Estados Generales* en Francia, etc.

---

1 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, pp. 207 y ss.; SÁNCHEZ AGESTA: *Lecciones de Derecho Político*, pp. 474 y ss.; GIL Y ROBLES (D. ENRIQUE): Loc. cit.; BARTHELEMY-DUEZ: *Traité de Droit Constitutionnel*, pp. 86 y ss.

2 CARLYLE: *A History of Medieval Political Theory in the West*, vol V. p. 1.ª, c. IX 2.ª ed. Edinburgh and London, 1938); A. GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho Español*, t. I; MINGUIJÓN: *Historia del Derecho español*. Edit. Labor, 3.ª edic., 1943; COLMEIRO: *Curso de Derecho Político*, c. XXIX; DEMETRIO RAMOS: *Historia de las Cortes tradicionales en España;* MANUEL DE BOFARULL: *Las antiguas Cortes. El moderno Parlamento. El régimen representativo orgánico.* Alcalá de Henares, 1945.

En el Parlamento inglés, escindido, bien pronto, en dos Cámaras, estaban representados los tres sectores o clases en que se integraba la sociedad inglesa:[1] El Clero, la nobleza (clases privilegiadas) y el Estado llano (el común, cuyos miembros no pertenecían a las clases privilegiadas) formado por los habitantes de los condados, villas y ciudades. Las clases privilegiadas, nobleza y Clero alto, asistían, personalmente. Es accidental que, andando el tiempo, el Clero llano se recogiese a sus Convocatorias o Asambleas puramente eclesiásticas, abandonando su representación política a las altas jerarquías de la clase (Arzobispos y Obispos). El brazo popular representaba a los condados, villas y ciudades: dos representantes de los condados y dos de las villas y ciudades. La entrada del brazo popular en el Parlamento aparece ya en el *Parlamento Modelo* convocado por Eduardo I en 1295.

En Francia, los Estados generales reunían en su seno a los representantes de las dos clases privilegiadas: Clero y nobleza; y a los del Estado llano (el futuro tiers État) que llevaban la voz de la burguesía de villas y ciudades. Los primeros Estados generales parece se reunieron en París en 1302.[2]

Ordinariamente los Grandes Señores asistían, por derecho propio y personalmente, mientras la nobleza inferior elegía a sus representantes. De la misma manera, las Altas Jerarquías eclesiásticas, a las que se juntaban los representantes de los Conventos y Cabildos. A éstos los designaban el Abad, Prior o Guardián, libremente o de acuerdo con los religiosos.

En cuanto a los representantes del Estado llano variaba mucho el procedimiento de designación. A veces eran elegidos por el grupo que representaban; otras eran los Magistrados del municipio o los Agentes reales los que designaban a los Procuradores.

*

En los diversos reinos de la España Medioeval, en las *Cortes* se reunía la representación de las diversas clases de que se componía la sociedad española.

En el Reino leonés, ya en 1188 su Rey Alfonso XI reunió en la capital Cortes *cum Archiepiscopis et Episcopis et magnatibus regni, et cum electis civibus ex singulis civitatibus.* En el mismo año, Alfonso VIII de Castilla convoca, en Carrión de los Condes, Cortes, a las que asistieron el Arzobispo de Toledo, varios Obispos, el Maestre

---

1 Véase COURTENAY ILBERT: *Parliament. Its history, constitution and practice.* Hay una traducción española en la Colección *Labor.*

2 PAUL VIOLLET: *Histoire des Institutions Politiques et Administratives de la France,* t. III, p. 182.

de Calatrava, los Barones y Príncipes del Reino y los mayores de 48 ciudades y villas.

Los miembros de las dos clases privilegiadas asistían a las Cortes por sí mismos, si bien podían enviar Procuradores que los representasen. Los Concejos, en cambio, acudían por medio de mandatarios o Procuradores, habilitados con poder en forma para llevar la voz de las ciudades y villas convocadas.

En Aragón, las Cortes constaban de cuatro brazos, por estar subdividida la nobleza en dos grupos: Ricos-homes y Alta Nobleza por un lado y Caballeros o Infanzones por otro. A estos dos brazos se juntaban el *brazo popular* como representante de las Universidades, ciudades y villas; y el *brazo eclesiástico* que ingresó en las Cortes de Zaragoza en 1301, por llamamiento del Rey Jaime IV. Nobles y eclesiásticos tenían derecho para asistir personalmente, aunque lo pudieran hacer por Procuradores. Todos los vecinos de las Universidades formaban el Colegio electoral de las ciudades, villas y comunidades para la designación de Procuradores.

*

Los catalanes se reunían ya en Cortes, integradas por los tres brazos, desde 1064, con Ramón Berenguer I. Aunque la entrada, como *miembro oficial,* del brazo popular, se retrasó hasta las Cortes de Barcelona en 1283, por invitación de Pedro III el Grande. Eran los comerciantes, industriales y gremios los que elegían a la representación popular: Síndicos; integraban el brazo eclesiástico los Prelados, Abades, Superiores y representantes de los Cabildos; la Nobleza enviaba sus representantes.

En resumen, los miembros que formaban las Cortes o el Parlamento en el régimen antiguo representaban a las clases o gremios o Universidades (no en sentido escolar, sino de comunidad social), cuya voz y anhelos llevaban a la Asamblea. Así se decía en Castilla que la Casa de Lara llevaba la voz de la nobleza; el Arzobispo de Toledo la del Clero, y los Procuradores de Burgos la del Estado llano. En vivo contraste, como lo hemos de ver, la representación moderna, cuyos miembros llevan la voz de la multitud amorfa de los ciudadanos, y el Diputado no representa al Distrito que le ha elegido, sino a toda la nación.

La forma de designación de Procuradores y síndicos, cuando la representación no era personal, variaba no poco. A veces las ciudades elegían a sus Procuradores o libremente o dentro de determinados linajes o familias. Pero, otras veces, los Concejos enviaban como Procuradores a sus regidores o Jurados o Alcaldes por turno o por suerte, por inseculación, etc.

b) RELACIONES ENTRE LOS REPRESENTANTES Y REPRESENTADOS. — En cuanto a las relaciones entre representantes y representados, dominaba, de ordinario, el principio del *mandato imperativo*. Es decir, los electores o representados imponían previamente a los Procuradores y Síndicos las soluciones que habían de proponer y aceptar en el desempeño de su misión. Habían de acomodarse, por lo tanto, a las instrucciones o direcciones recibidas, según los principios del mandato privado. Como escribía Colmeiro, "la representación no implicaba una delegación absoluta y una confianza ilimitada, sino un verdadero *mandato imperativo*".[1] En Francia llevaban escritos, en cuadernos (cahiers), las instrucciones, y, como meros mandatarios, debían obrar en conformidad con esas instrucciones, respondiendo personalmente de su conducta.

Y de ahí una institución complementaria del mandato imperativo: el *juicio de residencia*. Porque era costumbre que, finalizado el mandato, los mandatarios diesen cuenta al *Concejo* del modo con que habían cumplido su mandato. Y eran las ciudades tan celosas de sus derechos, que tenían señaladas penas para los infractores, y no faltó Procurador que pagase con su vida las extralimitaciones en que había incurrido en su mandato.

c) LOS REPRESENTANTES ANTE EL TITULAR DE LA SOBERANÍA. Queda aún el punto de las relaciones entre la representación y el titular de la soberanía; relaciones que, teóricamente, habían de depender de la idea que se tuviera de la residencia efectiva del poder soberano.

Según algunos, la soberanía (que procedía de Dios) estaba como repartida entre el Soberano y las distintas clases sociales, aquellas que, más o menos privilegiadas, participaban en el ejercicio del poder. En consecuencia, existía como una especie de pacto o mutua reciprocidad de derechos y obligaciones entre el Soberano y los súbditos, que exigía el consentimiento de éstos para todas o algunas prestaciones.[2] Para otros, se suponía que los representantes obraban fuera de la esfera de la soberanía, en cuanto que no participaban, ni mucho ni poco, en ella. Al contrario, se acercaban a ella en petición calificada, en informe y

1 *Curso de Derecho Político*, c XXIX-IV.
2 ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale*, n 100.

consulta requerida, para que, escuchadas sus manifestaciones, fuesen atendidas cumplidamente, y, si fueren justas, cristalizaran en mandatos del Monarca, que siempre conservaba la plena independencia de su soberanía íntegra.

Sostenía esta opinión Gil y Robles en su *Tratado de Derecho Político*. "En acepción estricta, dice Gil y Robles, no hay representación, sino cuando hay petición o instancia o demanda a una autoridad, ante la cual se expone y a quien se ruega un determinado acto de ordenación o gobierno."[1]

Según este punto de vista, la petición es un derecho inherente a la personalidad, que pueden ejercitar por sí mismas las personas *sui juris* y aquellos que tienen autoridad sobre otros en nombre de los que están bajo su potestad. Ahora bien: supuesta la concreción de la soberanía en un Soberano (persona física o Asamblea), la nación, que siempre conserva su personalidad ante él y aun pudiera tener su autarquía reconocida en la Constitución fundamental, puede y debe nombrar sus representantes y órganos que, puestos de acuerdo por medio de la deliberación y discusión, formulen la petición *(representación)* que han de hacer al soberano, quien, en uso de su plena soberanía, "que no la comparte con la nación" (ni siquiera procede de ella, según Gil y Robles), ha de acordar lo que convenga. Son esas Asambleas para el Soberano, además de órganos de representación nacional, instrumentos de consulta, que le han de informar sobre hechos y necesidades sociales, que le han de dar su opinión sobre medidas que debe tomar, que le han de instruir, en fin, sobre la materia, sobre la justicia, oportunidad, parte técnica de la ley, precepto ejecutivo y providencia judicial, etc.

Y como estas consultas, peticiones, informes, son propiedad de todo Gobierno regularmente constituído, dedúcese que, por exigencia del derecho racional, todo Gobierno debe ser representativo, en cuanto, "para la armonía de la acción de la sociedad civil verificada por los varios órganos sociales, desde el individuo hasta el poder soberano inclusive, debe la autarquía nacional contar con un organismo permanente y organizado de alegación al Soberano y de cooperación gubernamental con él, por medio de las Cortes..."

Pero, con eso, no es que el soberano y las Cortes compartan la iniciativa y función de las leyes. "Lo que hay es que no comparten, en esto ni en las medidas de gobierno en que se muestran conformes, una potestad igual, sino que colaboran en sus respectivas esferas de desigual categoría: las regiones nacionales en su dominio autárquico,

---

1 T. II, c. XVII.

el Rey en su esfera soberana. Por eso, el Rey sanciona en el régimen antiguo como en el régimen doctrinario; pero la sanción no es en aquél la mitad de la facultad legislativa, sino toda ella; y, a su vez, las Cortes no decretan soberanamente, sino que deliberan acerca de la petición que, por mayoría, han de elevar, o del parecer que han de formular, también a pluralidad de votos de los representantes regionales, que meramente acuerdan cuál es la petición o el informe nacional, por ser el de mayoría de las regiones."

3. La representación en el régimen político liberal moderno. Su fundamentación racional. — La representación en el régimen político moderno y liberal, en su fundamentación teórica y en su formación, dista no poco de la representación que acabamos de reseñar.

Por de pronto, la base social en que se apoya la nueva representación y los principios que la avalan, varían radicalmente. La soberanía reside en toda la nación; es decir, en la reunión de todos los ciudadanos. Bien sea que esa reunión forme una unidad, una persona moral única, bien permanezca como mera suma o yuxtaposición de individuos. No existe, políticamente, diversidad de clases, ni privilegios políticos; no merecen tenerse en cuenta algunos restos de organizaciones de tipo antiguo, que el viento de la democracia individualista va disipando.

El problema se reduce a buscar la representación genuina de esa colectividad-nación y la manera de justificarla.

a) OPINIÓN DE ROUSSEAU.[1] — Según este sofista político, ni hay, ni puede haber representación. "Los Diputados del pueblo no son, ni pueden ser sus representantes; son, tan sólo, sus comisarios y no pueden determinar nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado, es nula ni aun puede llamarse ley". Y la razón es que "la soberanía no puede ser representada, por la misma razón de que no puede ser enajenada. Consiste en la voluntad general, y la voluntad general no se representa, porque o es ella misma, o es otra; en esto no hay medio".

En cuanto a las funciones de carácter ejecutivo y judicial, los funcionarios que la ejercen no son sino meros dependientes y mandatarios de la voluntad general.

---

1 *Contrato social*, l. III, c. XV.

Dentro de este sistema, por lo tanto, sólo cabe o el gobierno directo, el referéndum, o, a lo más, el mandato imperativo estricto, en que los ciudadanos, copartícipes en una fracción de la soberanía, la ejercen en la designación de un diputado-mandatario, que está sometido a todas las exigencias e instrucciones de la mera y simple voluntad del mandante (no de la nación, sino de sus electores), siendo, además, nulo cuanto fuera de esa voluntad actuase. Petion defendió este punto de vista en la Asamblea nacional constituyente.[1]

b) TEORÍA DEL MANDATO NACIONAL. — La nación constituye una persona moral única que es el titular de la soberanía; esa persona otorga mandato a otra persona, que es el Parlamento (las Cortes), de ejercer la soberanía. Existe un verdadero mandato; los dos sujetos del mandato son: la nación, por una parte, que es mandante; el parlamento, de otra, que es mandatario. El efecto de este mandato es el de producir una representación, de tal suerte que la manifestación de la voluntad emanada del Parlamento es como si emanara de la nación y produce los mismos efectos. Y como la soberanía no está repartida entre los miembros de la nación, ni entre las diversas circunscripciones que nombran los diputados, así tampoco está dividida entre los miembros de la Cámara.. El Parlamento entero, formando una persona jurídica, recibe el mandato de ejercer la soberanía de la nación entera.[2]

De donde se deduce que: 1) el mandatario es representante, no del distrito que le elige, sino de la nación entera; y 2) que no está ligado, en forma ninguna, a las instrucciones que pudieran darle sus electores; tales instrucciones son nulas. El sistema pugna con el mandato imperativo.

Pero, en cuanto a la mayor o menor libertad que los mandatarios pudieran tener para llevar a la práctica el mandato, difieren los sostenedores del sistema. "Lo que caracteriza a los representantes del pueblo soberano es que, en el límite de las atribuciones que se les confiere, pueden ellos decidir *libremente, arbitrariamente,* en nombre del pueblo, que se presume quiere por su voluntad de ellos y habla por sus labios."[3]

Duguit rechaza esa arbitraria libertad como opuesta a la idea de la representación, y supone que los representantes están obligados a

1 ESMEIN: *Elements de Droit constitutionnel,* p. 1.ª, tít. II, c. II.
2 DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel,* t. I, pár. 52.
3 ESMEIN: Op. cit., t. II, c. II, sec. 2.ª pár. 3.º.

decidir conforme al deseo y voluntad nacional (mandato representativo), manifestada en las elecciones generales, que deben ser frecuentes, precisamente con el fin de que la nación se dé cuenta y aprecie cómo los representantes cumplen el mandato conferido.[1]

Estos principios representativos no pugnan ni con la representación proporcional de partidos, ni con la de clases o grupos sociales o profesionales; ni con la idea de que la nación confiera su representación, no a una Asamblea, sino a un solo individuo.[2]

c) TEORÍA JURÍDICO-ORGÁNICA. — Así llama Duguit a la sostenida, entre otros, por *Laband* y *Orlando*. La nación, por medio del cuerpo electoral, no otorga a los representantes ningún mandato, ni delega en ellos ninguna clase de poderes. Sencillamente, no hace más que designar a los que han de ejercer las funciones públicas. Porque, dice Orlando, el ejercicio de las diversas funciones políticas, compete, *de por sí,* a los más capaces. Ahora bien: la designación de esa capacidad corresponde directamente a los ciudadanos y no al Príncipe; con lo cual, la nación ejerce una constante y decidida influencia en la vida pública. De forma que los cuerpos representativos de los Estados modernos no son el órgano pasivo de la voluntad de los electores, sino que tienen una vida *propia e independiente.* Lejos de representar el término medio de la cultura y saber del cuerpo electoral, se presume que estas Asambleas son muy superiores a él, componiéndose de los elementos mejores, que, en un momento histórico, reflejan el ambiente político de la nación. El elegido puede representar una tendencia política general que prevalezca en el cuerpo electoral; pero, dentro de esta esfera muy amplia (y aun el atenerse a ella es en él una obligación moral, no jurídica), conserva plena independencia de opinión y de conducta; o en otros términos, él no representa sino a sí mismo.[3]

Cuadran perfectamente en esta teoría las palabras de Michoud:[4] "La elección no es un mandato dado por los electores; es sólo una designación."

De la misma manera *Laband,* aplicando la doctrina al Reichstag del Imperio Alemán, dice: "La denominación de representantes de

1 Loc. cit.
2 Ibidem.
3 ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale,* nn. 102 y ss.
4 *La theorie de la personalité morale* (1906) pp. 287-290.

todo el pueblo dada a los miembros del Reichstag, no tiene significación jurídica positiva; en sentido jurídico, los miembros del Reichstag no son representantes de nadie; sus poderes no arrancan de ningún sujeto de derecho, brotan directamente de la Constitución misma del Imperio..."[1]

4. El pueblo aclamante de C. Schmitt. — El profesor alemán C. Schmitt propone una nueva forma de representación popular; o, mejor dicho, una actividad política del pueblo, fuera de los cauces normales de lo que vulgarmente se entiende por representación. En otras palabras, opone a la idea de la representación, el pueblo como *aclamante.*

Ante todo, el Profesor alemán define aquí el pueblo *negativamente.* Componen el pueblo los *no magistrados.* "Pueblo son, en una significación de esta palabra, todos los que no son señalados y distinguidos, todos los no privilegiados, todos los que no se destacan por razón de propiedad, posición social o educación".[2] En la revolución francesa, el pueblo fué la *burguesía;* después del dominio político de la burguesía fué el proletariado: "la parte de la población que no posee, que no participa en la plus-valía producida, ni encuentra un puesto en la ordenación existente."

Ahora bien, ese pueblo actúa en política como *aclamante.* El pueblo, como decía Rousseau, no puede ser representado. Porque sólo se representa al ausente. Y ese pueblo actúa como presente, como reunido públicamente, espontáneamente; como en la democracia griega, romana o suiza, reunido en el mercado, o el foro, en el Concejo abierto o en la *Landsgemeinde.* "Sólo el pueblo verdaderamente reunido puede hacer lo que específicamente corresponde a la actividad de ese pueblo: puede *aclamar;* es decir, expresar por simples gritos su asentimiento o recusación, gritar *viva* o *muera,* festejar a un Jefe o a una proposición, vitorear al Rey o cualquier otro, o negar la aclamación con el silencio o murmullos".[3] Son, pues, caracteres de esta intervención popular: la *presencia* (actuación inmediata y directa ante el que ha de recibir su manifestación, en oposición a cual-

---

1 *Le Droit public de l'Empire Allemand,* t. I, p. 443; edición francesa de 1900. Véase también HAURIOU: *Principes de Droit public,* P. 4.ª, c. IV: *Le pouvoir elective.*

2 C. SCHMITT: *Teoría de la constitución,* p. 281 (Edit. Rev. de Derecho privado).

3 C. SCHMITT: Loc. cit.

quiera forma de actividad representativa); la *publicidad,* por contraposición al carácter secreto de las votaciones en que expresa su juicio el cuerpo electoral; y *la espontaneidad* sin el artificio de una organización previa e impuesta, tan propicia a mixtificaciones y engaños.

Ante todo, un poco caprichoso se nos antoja el concepto de *pueblo,* reducido a los que no son señalados y distinguidos, todos los no privilegiados, todos los que no se destacan por razón de propiedad, posición social o educación. Aparte de que fácilmente, al leer estas páginas de Schmitt, viene a la mente aquella política o democracia de *masas* tan en boga en los últimos decenios, en su país. Y como en otras ocasiones, han venido las teorías a avalar hechos y prácticas dudosas y a tratar de justificarlas filosófica y jurídicamente.

No cabe duda de que la opinión pública puede manifestarse directamente por el pueblo y por aclamaciones; y que algunos de esos movimientos pueden ser espontáneos. Pero no siempre lo son. Detrás de las masas clamorosas, más o menos oculto, aparece el agitador que las inspira, mueve y apasiona. Ni suele ser siempre el reflexivo conocimiento de las cosas lo que las impulsa a sus movimientos. Las arrastra, más bien, la hábil sugestión, la emoción ciega, la imitación instintiva y exenta de responsabilidad.[1]

5. La representación como institución política. — Como afirmaba Gil y Robles (E.), la representación no es un concepto ni institución histórica; la representación es "una propiedad y nota de *todo Gobierno* regularmente constituído y ordenado a sus fines".

En primer lugar, por la imposibilidad absoluta de un gobierno de democracia directa en países de relativo desarrollo demográfico y progreso civilizado.

Pero, además, por la superioridad intrínseca del régimen representativo sobre el gobierno directo del pueblo por el pueblo. En los Estados modernos los problemas políticos, sociales y de relación han adquirido tal amplitud, complejidad y delicadeza, que los ciudadanos no tienen ni el tiempo, ni la capacidad

---

1 Entre otros autores españoles, véase una exposición y juiciosa crítica de esta teoría en S. AGESTA: *Lecciones de Derecho Político* (3.° edit), pp. 455 y ss., 1947; y en J. CAAMAÑO MARTÍNEZ: *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt,* pp. 82 y ss. (Santiago de Compostela, 1950.)

necesaria para comprenderlos, encauzarlos y resolverlos (Laferrière, loc. cit.). Lo único a que puede aspirar el cuerpo de ciudadanos es a designar a aquellas personas que por su formación moral, estudio, cultura y experiencia las crea aptas para desempeñar las funciones de gobierno, y vigilarlas eficazmente en su gestión.

Pero, ¿qué naturaleza y alcance tiene la representación política? Es aventurado dictaminar sobre ella en términos absolutos; porque son variadísimas las instituciones representativas y muy diversas también las teorías en que se fundan.

Como hemos recordado líneas arriba, las representaciones del régimen antiguo, en nombre de clases y grupos sociales o de partes del territorio nacional, se acercaban al titular del poder supremo o bien a exponer las necesidades del país, pedir remedio para ellas, exigir el cumplimiento de las leyes, informar y evacuar consultas; o bien como participantes en el ejercicio de algunas funciones públicas, como la imposición de tributos o resolución de asuntos graves del Estado, etc. Tales representaciones eran legítimas, útiles y, en circunstancias y épocas determinadas, las más convenientes a los pueblos. Nada, por otra parte, se vislumbra en ellas que esté en oposición con los postulados supremos y generales a que han de acomodarse las organizaciones políticas.

Las representaciones modernas, las que no son meramente consultivas y demandantes o parcialmente participantes en algunas funciones públicas, sino que encarnan la soberanía, ya la absorban, ya participen en ella con otros elementos creados por la Constitución, pueden ser justas y lícitas; dependen de las leyes fundamentales de cada país, que aquí suponemos legalmente establecidas y sancionadas.

Sin embargo, creemos ser falsa la suposición de que esa representación moderna sea la única lícita, la única conforme con las ideas fundamentales de la política. Y falsas también algunas razones que, con frecuencia, se aducen para imponerla con ese alcance y sentido exclusivo, v. gr., la absoluta inalienabilidad de la soberanía y la ilicitud intrínseca de formas de gobierno en las que la democracia se comprenda de otro modo. La conveniencia de una u otra forma de representación la han de juzgar los pueblos con sus hombres de Estado, siguiendo el prudentísimo consejo de Suárez, que, después de afirmar que, aun en

el gobierno monárquico, conviene siempre que la sociedad tenga alguna participación, deja el grado e intensidad de la misma a las costumbres y juicios de los hombres: "Pendet, ergo, tota haec res ex humano consilio et arbitrio".[1]

He aquí, ahora, nuestro pensamiento y juicio sobre las elucubraciones modernas para explicar la naturaleza de la representación y para justificarlas ante la razón. Y comenzamos con la opinión de Rousseau, expuesta en líneas anteriores en este mismo capítulo. Repugna a esa ideología una verdadera representación; y sólo puede acomodarse a ella la democracia directa o, a lo más, una mera delegación con sus naturales derivaciones: el mandato imperativo y la absoluta dependencia de los delegados respecto de sus electores en cuanto a la duración del mandato y el conjunto de sus atribuciones. Fácilmente se comprende la falsedad de los principios en que se asienta y la casi unanimidad con que se consideran inadmisibles sus derivaciones comúnmente rechazadas por los autores.

Quedan las otras dos teorías y puntos de vista: la teoría del mandato nacional y la jurídico-orgánica.

El llamado *mandato nacional* se entiende y se justifica ordinariamente (como lo hemos indicado) en la forma siguiente: la nación, en su conjunto, como persona titular de la soberanía, encomienda a otra persona — el Parlamento — el ejercicio de la soberanía. La manifestación de la voluntad única del Parlamento como cuerpo, se reputa y acepta como la voluntad de la sociedad o de la nación. En consecuencia, los miembros del Parlamento no representan a los distritos o ciudadanos que los han elegido, sino a la nación entera; y, por lo mismo, tienen libertad para emitir sus opiniones y votos según su saber y entender; si bien, moralmente, se han de sentir obligados a emitirlos conforme a la tendencia general manifestada en su elección.

Posición correcta, compatible con los postulados de la filosofía política y de la justicia. A esto es a lo que algunos llaman *mandato representativo.*

Pero no todos lo entienden así, como los partidarios de la llamada teoría del *mandato individual imperativo.* Según éstos, los ciudadanos y los distritos no se funden en cuerpo nacional para formar una sola persona colectiva: la nación. Se supone

1 *De Legibus*, l. III, c. IV, n. 1.

que cada ciudadano, cada distrito lleva en sí una partecita de la soberanía. Por lo tanto, cada miembro del Parlamento no es representante de la nación, sino del distrito o del grupo de electores que le han otorgado su voto. Es una aplicación rígida del mandato privado civil, trasplantando a la esfera pública, con sus naturales consecuencias. El mandatario no puede salir de la esfera señalada por el mandante, está sometido a las instrucciones recibidas en el ejercicio de su cometido; puede ser revocado, etc.

Esta doctrina, dominada por las ideas de Rousseau, arrastra consigo sus lógicas derivaciones a las que hace poco nos hemos referido para criticarlas y rechazarlas.

Según la llamada teoría *jurídico-orgánica,* la nación, por medio del cuerpo electoral, no otorga a los representantes ningún mandato, ni delega en ellos ninguna clase de poderes; no hace más que designar a los que han de ejercer las funciones públicas, a los más aptos para ejercerlas, a los más capaces. Porque la misma misión suprema del Gobierno exige esa mayor capacidad, puesto que, sin ella, no puede ejercerse la soberanía conforme a la utilidad general y el mayor bienestar de la comunidad. He aquí un punto de vista que, entre todos, más fácilmente puede justificarse.

Se logra perfectamente el carácter verdaderamente representativo de las Asambleas, y se eleva a los representantes a la categoría política y moral que les corresponde, y a la delicada misión que se les encomienda. Tiende a conferir el mando no al número mayoritario (o minoritario) que pudiera no ser el más apto, sino a la competencia y a la selección, que es la mejor preparada para desempeñar, en beneficio de todos, las funciones soberanas.

Pero ofrece también este sistema un punto flaco. Las democracias modernas del sufragio universal igualitario y de la lucha encarnizada de partidos, ¿qué garantías pueden ofrecer para que de las urnas salga triunfante la capacidad intelectual y moral? La objeción, a nuestro entender, no tiene respuesta fácil y ataca a las bases mismas del sistema democrático, tal como ahora se entiende y practica.

Las anteriores consideraciones sobre la representación se refieren a la representación de una sociedad tal como la concibe el régimen liberal individualista, sociedad formada por la

reunión amorfa de individuos iguales entre sí y actuando bajo el signo de la libertad individual.

A la vista de todos se está realizando una profunda evolución social que ofrece para la representación una nueva base y estructura social radicalmente distinta. Evolución que ha avanzado tanto en la vida de los pueblos y en la apreciación de las gentes, que la clásica representación individualista parece haberse puesto en contradicción con la realidad social que exige una representación orgánica corporativista.

Pero este problema requiere un nuevo capítulo.

CAPÍTULO TERCERO

SUMARIO: 1. La representación orgánica contemporánea. El movimiento corporativista. — 2. Intervención en la vida política. Diversas direcciones. 3. Oposición a la representación corporativa. Primeras parciales manifestaciones positivas. — 4. La base social de la representación portuguesa. Organización social. Intervención en la formación de los órganos políticos. 5. Representación corporativa italiana. Cuadros de su organización social. El partido. — 6. Reflejo en la representación política. — 7. La organización social en la Alemania nacional-socialista y la Rusia comunista y la representación política. — 8. España: referencia.[1]

1. La representación orgánica contemporánea. El movimiento corporativista. — No cabe duda, en nuestros días, de la existencia de un movimiento corporativista que va modelando en una nueva estructura, de tipo orgánico, a la sociedad, y que, por fuerza, ha de influir en las formas de representación política que acabamos de reseñar en las líneas anteriores.

Pero, este movimiento no ha nacido, a modo de generación espontánea, sin una raíz natural que lo haga posible, y sin un ambiente propicio que lo haya fomentado y vigorizado. Y el ambiente social propicio lo formó el liberalismo y la grave crisis a que, arrastrado por sus principios, ha llegado el mismo régimen liberal.

El liberalismo incurrió en tres graves errores, que prepara-

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: *El pensamiento de la revolución nacional. Principios fundamentales de la revolución política.* (Discurso de 30 de julio de 1930.) Edic. Poblet. Buenos Aires, 1938; A. MULLER y J. AZPIAZU: *La Política corporativa.* Edit. Razón y Fe, Madrid, 1935; JOAQUÍN AZPIAZU: *El Estado corporativo.* Edit. Razón y Fe. 4.ª Edición, 1940; H. KELSEN: *Teoría general del Estado* (Trad. Española de Legaz Lacambra). Edit. "Labor", 1934 (p. 451...); BARTHELEMY-DUEZ: *Traité de Droit constitutionnel.* Dalloz, París, 1933 (pp. 278 y 329); S. AGESTA: *Lecciones de Derecho Político* (3.ª edic.) Granada, pp. 640 y ss.; MARTÍN BRUGAROLA: *Régimen sindical cristiano.* Colección Abece. Madrid, 1948; BRUNO BIAGI: *Principios generales del orden corporativo fascista* (Trad. castellana de F. Ferrer Calbetó), 2.ª Edic. Bosch, Barcelona; JOSÉ LARRAZ: *La meta de dos revoluciones.* Madrid, 1946.

ron su descrédito y ruina, y la crisis que aún no ha superado.[1]

1) Error sobre la estructura social de la población de los Estados;

2) Error sobre los principios que han de regir la vida económica;

3) Error sobre la regulación o régimen de las libertades humanas.

Las consecuencias de esos errores habían de manifestarse también en las distintas esferas de la vida social a que se referían.

El principio abstracto de la libertad que proclamó la declaración de derechos francesa, disolvió las organizaciones gremiales que había creado, entre el individuo y el Estado, la natural tendencia asociacionista humana, y prohibió, contrariando la misma tendencia, nuevas formas de asociación. Así nació el individualismo social. Al amparo de la misma libertad abstracta brotaron las libertades económicas, la industrial, contractual, de comercio, que engendraron el capitalismo y el marxismo.

Y nació el capitalismo. Porque, a la sombra protectora de la libertad económica, en tal forma crecieron los poderes económicos y en tal forma se coaligaron entre sí creando gigantescas fuerzas monopolizadoras, que, ante la inhibición del Estado, propia del régimen liberal, ahogaron las fuerzas inferiores de la pequeña industria, de la pequeña propiedad, del modesto comerciante.

Lo mismo ocurrió, y había de ocurrir, con la libertad de opinión y de prensa y de pensamiento.

Y, contra esos errores del régimen liberal y sus naturales derivaciones, se desató violenta la reacción social corporativista provocada por la misma libertad.

Nosotros hemos de fijarnos en este momento en la reacción corporativista que va cambiando la estructura y conformación social.

La reacción comenzó en la misma cuna del nuevo régimen, cuando el liberalismo, por un Decreto, suprimió las organizaciones gremiales existentes y prohibió el establecimiento de nuevas, y continuó, cada vez más vigorosa en plena euforia liberal, durante el siglo XIX y lo que va del XX.

---

1 Véase SÁNCHEZ AGESTA: Op. cit., c. XXVII.

Porque no se suprime, con un Decreto oficial, como se suprime una organización existente, el impulso natural de la sociabilidad humana. Precisamente, la misma prohibición legal ha influído para que el movimiento corporativista moderno haya seguido rumbos peligrosamente atentatorios de la paz y el orden social. Porque la prohibición oficial que, como acabamos de indicar, no puede ahogar, ni suprimir la natural tendencia humana, logró, en cambio, que el nuevo movimiento discurriera al margen de la ley, y, con frecuencia, y naturalmente, al margen y enfrente del Estado que daba y mantenía la ley.

Y fué creciendo, a través del siglo liberal décimonono, en intensidad y amplitud, y con fuerza tan arrolladora, que el Estado liberal e inhibicionista se sintió desbordado y arrollado; y hubo de capitular y rendirse, abriendo las puertas de la legalidad al movimiento que había desconocido y proscrito. La libertad de asociación, proscrita en la Declaración de 1789, ocupa su puesto de honor en el catálogo de derechos humanos de todas las Constituciones modernas y contemporáneas.

Pero, una vez admitida en la vida legal, y pletórica de fuerzas, se ha presentado a las puertas del Estado, exigiendo una representación adecuada en los organismos políticos del Estado; y, con la violencia de la reacción, una representación excesiva y absorbente.

El hecho de la transformación social está ya patente a los ojos de todos; a nosotros sólo nos toca reseñar el hecho y deducir la consecuencia de tipo político. Los sindicatos, en una u otra forma, las asociaciones profesionales son ya fenómenos que se desarrollan en todos los países civilizados, y aunque los moldes de asociación sean diversos, dan a los países modernos una estructura social que se aleja no poco de la formación atómica e individualista, característica del régimen liberal. La exigencia de una intervención en los órganos políticos representativos del Estado y, por lo tanto, en la vida política, no es menos patente.

2. Intervención en la vida política. Diversas direcciones. — Pero las organizaciones sociales han seguido dos rumbos o caminos distintos para lograr esa intervención política.

Por un lado, en los Estados todavía fieles al régimen liberal democrático en los cuales las leyes permiten la formación de sindicatos y asociaciones profesionales, al amparo del derecho de

libre asociación, y en los que dichas asociaciones revisten el carácter de personas de derecho privado. En estos países los organismos sindicales actúan en la vida política, como indirectamente, a través o por medio de los partidos políticos, que son instituciones connaturales al régimen liberal. Y, cuando todavía no han adquirido la fuerza suficiente para intervenir en la lucha política, con plena autonomía, entre los demás partidos políticos, se unen con alianzas a los más afines, a quienes prestan el apoyo de sus votos, para recibir en compensación el logro de algunas de sus aspiraciones profesionales. Pero su tendencia es la de emanciparse de la tutela y protección de otros partidos y constituirse, a base de su extensa clientela social, en agrupaciones independientes y luchar para alcanzar el poder.

En *Inglaterra,* las organizaciones de los trade-unions apoyaban, con sus votos, al partido liberal, cuando éste y el conservador dominaban el panorama político inglés. Pero, cuando con el crecimiento de su clientela social se creyeron los dirigentes con la fuerza electoral suficiente para alinearse entre los demás partidos clásicos, apareció el partido laborista levantado sobre la base social principal de los trade-unions. El partido laborista ha aceptado, para el juego de la vida política, las reglas del liberalismo democrático, y, dentro de esas leyes, ha logrado alcanzar la mayoría en los Comunes y, con ella, las riendas del poder. Es partido y gobierno de clase. — Dígase lo mismo del partido socialista en Bélgica y Francia.

Pero en los regímenes políticos antiliberales, que prescinden de la armadura democrática liberal y de sus sistemas de representación y que suponen una organización social corporativa, se atribuye a los organismos de este tipo, y de antemano, una participación adecuada en los órganos soberanos, adecuada al arraigo y a la fuerza positiva real de que gozan en el país. Esta manera de representación, que se aparta radicalmente de la representación dividualista y de la manera de obtenerla, se ha intentado llevarla a la práctica y se ha ensayado de varias maneras, sin haber logrado aún plenamente cuajar en la realidad.

He aquí cómo la justificaba el Presidente portugués Oliveira Salazar el 30 de julio de 1930, cuando exponía y defendía ante su país sus proyectos de reforma política y social en sentido corporativista: "Se pretende construir el Estado social y corporativo en estrecha correlación con la constitución natural de la so-

ciedad. Las familias, las parroquias, los municipios, las corporaciones, donde se agrupan todos los ciudadanos con sus libertades jurídicas fundamentales, son los organismos componentes de la nación y deben tener, como tales, intervención directa en la constitución de los cuerpos supremos del Estado".[1]

Esta misma idea late implícita en las consideraciones que hace Gil y Robles (E.) en el capítulo que dedica a la dualidad de las Cámaras. Parte del principio de que los individuos no son elementos constitutivos de la nación, sino que forman parte de ella, mediante y por el concurso y ministerio de varias sociedades intermedias, entre la persona física y el Estado nacional. "En una sociedad regularmente moralizada y constituída, el interés de la persona física no es distinto ni antagónico del de la persona moral; el del hijo y de la mujer, del de la familia; el de la familia y de las sociedades locales, del interés del Concejo; y así sucesivamente. De modo que, a la legua, se concibe el absurdo de que haya dos representaciones nacionales diferentes: la de los individuos sueltos y desorganizados y la de los individuos orgánicamente unidos en varias sociedades a que más intimamente que al Estado pertenecen.[2]

Hablando de esta materia, observa atinadamente Sánchez Agesta,[3] que estos fenómenos corporativos espontáneos, como derivados de la misma naturaleza del hombre y que hallan su plenitud en una sociedad articulada en razón de las diversas facetas de su personalidad, responden a un principio tan viejo como el hombre mismo. La inserción en el orden político de diversas agrupaciones sociales con una actividad autónoma respetada por la ley o la costumbre, es un dato constante en la historia de las instituciones políticas. Lo episódico y accidental es, por el contrario, la estructura individualista que enfrenta al individuo con el Estado, eliminando o desconociendo cualquier otra forma de ordenación social que entre ellos pueda constituirse. Es más: puede decirse que, si los principios corporativos tienen una historia contemporánea, ésta es debida a ese eclipse que sobre ellos proyecta el liberalismo individualista de la revolución francesa. Frente a aquella radical negación hubieron de destacarse de nuevo, como si representaran una forma nueva de ordenación social, principios que habían sido ignorados de puro sabidos en toda la historia política occidental.

Este parentesco, sin embargo, no hay que exagerarlo hasta supo-

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: *El pensamiento de la Revolución nacional*, capítulo IV, p. 104.
2 GIL Y ROBLES (E.): Op. cit., t. II, c. IX.
3 Op. cit., p. 642.

ner que, ahora, se trata de desempolvar viejas instituciones. Lo que hoy se entiende por régimen corporativo tiene una serie de caracteres coherentes con el medio político contemporáneo que le da el perfil de un fenómeno nuevo, que sólo guarda una relación de parentesco con esos precedentes históricos. Porque no puede hablarse de régimen corporativo porque se reconozca aisladamente la personalidad y competencia de tales o cuales formas naturales de agrupación humana, sino que es preciso que se acepte como un sistema de organización política el principio de que ciertas necesidades humanas deben satisfacerse por las agrupaciones naturales insertas en el orden del Estado. Aparte de que a este régimen corporativo se atribuye, como una tarea histórica contemporánea, la solución de lo que se ha llamado *problema social y económico de nuestro tiempo*, que no es de este lugar.

De lo dicho se desprende que a esa representación político-corporativa había de preceder una organización corporativa social. Y esta organización social la conciben de distinta manera, en cuanto a su origen, estructura y alcance o amplitud.

Sostienen algunos que la organización corporativa ha de hacerse de abajo arriba; es decir, ha de ser obra de la sociedad misma, y utilizando los medios legales que la Constitución del país habría de proporcionar. Mientras, otros defienden que la organización corporativa ha de ser obra del Estado, impuesta de arriba abajo, puesto que la confiada a la iniciativa social había de ser siempre incierta, lenta e incompleta. Se necesita una autoridad fuerte, indiscutible, para imponerla y reglamentarla.

Por su extensión, la organización corporativa puede abarcar todas o algunas de las actividades humanas. Así, la organización italiana sólo abarcaba las actividades económico-profesionales, y prescindía de otras, como las culturales, religiosas, morales..., mientras la portuguesa se extiende a todas las actividades humanas, no sólo económicas, sino culturales y morales.

Finalmente, en cuanto al acoplamiento de las corporaciones con la vida política, suponen algunos, como la escuela católica francesa, que la influencia en el Estado ha de ser influencia *indirecta*, puesto que la labor de las asociaciones se ha de limitar al desarrollo y perfeccionamiento de los fines peculiares de cada profesión o trabajo.

Otros, sin embargo, aplican el principio corporativo, no sólo a la organización social, para fines profesionales, sino también a la organización política del Estado, de modo que la base de la representación,

no sean los individuos encuadrados en partidos políticos, sino en las profesiones y corporaciones.

3. Oposición a la representación corporativa. Primeras parciales manifestaciones positivas. — No cabe duda de que contra la idea de una representación corporativa que acompañase o sustituyese a la individualista, se ha suscitado, sobre todo entre los autores franceses, una oposición casi unánime.

Enfrente de Duguit,[1] que bajo el título de representación profesional y apoyándose principalmente en la realidad del movimiento sindical, levantó bandera en favor de la nueva representación, se han alineado los principales corifeos del pensamiento político francés: *Esmein, Barthelemy-Duez, Vedel, Laferrière,* etcétera.[2]

Ante todo, la misma fórmula que utilizan: la representación de *intereses* acusa el deficiente planteamiento del problema.

Con la palabra *intereses* nos referimos, de ordinario, a intereses materiales-económicos, que naturalmente han de ocupar su puesto, y muy principal, entre los elementos que han de integrar la representación corporativa. Pero no son los únicos. Ninguna manifestación de la vida humana, de alguna importancia y volumen, había de quedar fuera del cuadro corporativo. Al lado del representante del interés económico y social, habían de figurar los representantes de los intereses culturales y morales, administrativos, de las entidades locales, etc.

Pero las principales objeciones que se esgrimen contra la representación corporativa se refieren a la aplicación práctica, a la técnica, por decirlo así, que había de ofrecer grandes dificultades.

Siendo, dicen, los grupos sociales tan numerosos y de importancia tan desigual, ¿cómo catalogarlos en categorías electorales homogéneas?

Aun dentro de un grupo general homogéneo, pongamos de agricultores, industriales, intelectuales, etc., sus participantes ¿no están divididos por intereses distintos y aun opuestos?

Si se agrupan en distintos núcleos patronos y obreros, ¿no es eso fomentar y echar fuego a la lucha de clases?

---

1 *Traité de Droit constitutionnel,* t. II, pár. 46 (2.ª edic. 1923).

2 En BARTHELEMY-DUEZ (Op. cit., p. 329) seguido de LAFERRIÈRE (op. cit., p. 538) se puede ver una verdadera requisitoria contra la nueva tendencia.

Suponiendo que cada grupo escoja para representantes a los más calificados de entre ellos, ¿es que el mejor técnico especialista ha de ser el mejor gobernante?

¿Cómo de tanta diversidad de grupos e intereses deducir y hacer prevalecer el interés general de la nación? Cada grupo y cada miembro ¿no sentirá vivamente la atracción de sus peculiares intereses? Los intereses profesionales ¿no se trocarán así en egoísmos profesionales?, etc.

Sin duda, que el acoplamiento del nuevo sistema corporativo a la vida política, mucho más si ha de suplantar a otro arraigado ya en los usos y mentalidad del país, ha de tropezar con graves dificultades y oposiciones. Siempre ha sido así; y se ha manifestado esa dificultad en los mútiples, variados y aun contradictorios procedimientos que se han ensayado para la aplicación del sistema individualista liberal. ¡Cuántas variaciones no ha sufrido, cuántas discusiones ha suscitado! ¡Cuántas falacias y fraudes no lo han desacreditado!

Que el profesional técnico no es, de por sí, un gobernante. Pero tampoco pugna que lo sea o que lo pueda ser. El ejercicio de una profesión puede ser la gran escuela de formación personal que le prepare para el mando político. De hecho, grandes gobernantes han salido de todas las etapas y esferas sociales.

El egoísmo profesional opuesto a los intereses generales es tendencia natural humana de preferir sus intereses propios a los que, al menos aparentemente, no lo son. Pero esas preferencias egoístas, no sólo se encuentran, sino que se exacerban hasta el delirio en los partidos políticos democráticos. El egoísmo sólo se amengua o se domina con una formación personal de altos ideales patrióticos, sociales y cristianos.

La lucha de clases la han fomentado en las capas sociales y la han levantado hasta las alturas del poder los partidos políticos del individualismo democrático. En ese ambiente han nacido el partido y el Gobierno de clase, y de clase en lucha. Basta abrir los ojos para comprenderlo.

Las Constituciones modernas han sentido el impulso del movimiento corporativista, favorecido, además, por la crisis de los sistemas democráticos individualistas, y han procurado darle alguna satisfacción. Así algunas pocas naciones, repudiando radicalmente las representaciones del tipo liberal, han ensayado sustituírlas con Asambleas de tipo corporativo.

Otras Constituciones, más tímidas, han seguido una vía intermedia y han abierto la puerta a la nueva corriente, sin abandonar el antiguo sistema liberal democrático; o bien dando vida, al lado del Parlamento, pero sin formar parte de él, a Consejos, cuerpos profesionales, con carácter predominantemente consultivo; o bien dosificando las Asambleas elegidas por sufragio universal con miembros designados por grupos sociales; o bien creando, al lado de la Asamblea de sufragio universal, otra Asamblea corporativa.

Fué la Constitución alemana de Weimar (1919) la que inició el sistema de los *Consejos económicos.*

El art. 165 prescribía el establecimiento de un Consejo Económico del Imperio, integrado por representantes de los grupos profesionales, según su importancia económica y social. El Gobierno, antes de someterlos al Reichstag, debía presentar al Consejo Económico, para su examen y dictamen, los proyectos de ley de carácter económico social. Aun podía el Consejo adelantarse al Gobierno sometiendo al Reichstag un proyecto de esa naturaleza y tomar parte en la discusión por algunos de sus miembros designado para ese fin.

El *Consejo económico* tenía el derecho de iniciativa, de examen y consejo; pero no de decisión.

De la misma manera, la Constitución francesa (1946) estableció un *Consejo económico* integrado por representantes del trabajo asalariado, de las empresas industriales, comerciales y artesanas, de organizaciones agrícolas y de cooperativas, cuya finalidad es la de examinar, *pour avis,* los proyectos y proposiciones de ley de su competencia. Tanto la Asamblea nacional como el Gobierno, pueden reclamar del Consejo el dictamen correspondiente. Y el Gobierno lo ha de pedir, obligatoriamente, cuando se trate de establecer un plan económico nacional para el empleo pleno del hombre y la utilización racional de los recursos materiales (art. 25).

Siguiendo esa misma inspiración corporativista, la Constitución austríaca de 1934 estableció varios Consejos: de Estado, de los países (regiones), cultural, económico. Esos Consejos eran órganos consultivos, que emitían dictamen sobre los proyectos de ley. Pero, además, el *Consejo federal,* órgano legislativo de la República, estaba compuesto por representantes de los Consejos anteriores.

En *Grecia* (Ley de enero de 1929) y *Hungría* (Ley de octubre de 1926) entraban en la composición de las Altas Cámaras respectivas varios representantes de los grupos profesionales.

Finalmente, la Constitución portuguesa (1933) creó una *Alta Cámara Corporativa,* compuesta de representantes de las autarquías locales y de los intereses sociales, considerados éstos en sus ramas fundamentales de orden administrativo, moral, cultural y económico (art. 102).

Y corresponde a la Cámara corporativa emitir dictamen sobre todas las propuestas o proyectos de ley y sobre todos los convenios o tratados internacionales que sean presentados a la Asamblea general nacional antes de empezar su discusión en ésta (art. 103).

4. La base social de la representación portuguesa. Organización social. Intervención en la formación de los organismos políticos.[1] — La organización social portuguesa, como base de su representación política, la resumía Oliveira Salazar en estas palabras: "Se pretende constituir el Estado social y corporativo en estrecha correspondencia con la constitución natural de la Sociedad. La familia, las feligresías, los municipios, las corporaciones donde se encuentran todos los ciudadanos con sus libertades jurídicas fundamentales, son los organismos componentes de la nación, y deben tener, como tales, intervención directa en la constitución de los órganos supremos del Estado. He aquí la expresión, más fiel que cualquiera otra, del sistema corporativo".

Siguiendo esta dirección, se agrupan en la organización social portugesa, además del individuo, la familia, los gremios, los sindicatos nacionales, las casas del pueblo y las casas de pescadores, entrelazados todos estos elementos por organismos de coordinación (Comisiones reguladoras, Juntas nacionales, Institutos) y encuadrados, finalmente, en las Corporaciones.

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: *El pensamiento de la revolución nacional.* Poblet, Buenos Aires, 1938; FRANCISCO IGN. PEREIRA DOS SANTOS: *Un Estado corporativo. La constitución social y política portuguesa.* Reus-Madrid, 1945; MANUEL DE LA QUINTANA: *La reforma de la constitución portuguesa.* Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1946; INSTITUTO NACIONAL DE TRABALHO E PREVIDENCIA: *Des anos de Política social 1933-1913.* Ediçao do Sub-Secretariado de Estado dos Corporaçoes e Providencia social; HENRIQUE MARQUÉS: *Essência do Corporativismo em Portugal.* 1949. Bertrand, Rua Garret, 73, Lisboa.

La familia ocupa rango preeminente en la organización portuguesa, como fuente de conservación y desarrollo de la raza, como base primera de la educación, de la disciplina y armonía social, y como fundamento del orden político y administrativo por su incorporación y representación en la parroquia y en municipio (Constitución, a. 12).

Otro de los elementos sociales portugueses con los *Gremios,* o sea, las agrupaciones de patronos y empresas. Algunas de ellas son voluntarias, puesto que proceden de la iniciativa de los mismos interesados; otras son obligatorias, creadas por iniciativa del Estado. Impone el Estado la formación de Gremios obligatorios, cuando así lo exige el interés colectivo en los grandes ramos de la producción y del comercio que más directamente afectan a la balanza comercial. Unidos entre sí los Gremios, por sus funciones similares o afines, forman las Federaciones o Unidades. Obligatorios o voluntarios, los Gremios representan legalmente a todos los elementos de su respectiva actividad, estén o no inscritos en él.

Como los Gremios a los Patronos y empresas, *los sindicatos nacionales* agrupan a los trabajadores; es decir, a los que ejercen la misma profesión y trabajan por cuenta ajena, y ejercen profesiones liberales. Los Sindicatos de abogados, médicos e ingenieros se denominan *órdenes.* Los empleados y obreros se organizan, normalmente, por distritos, y las profesiones liberales por sindicatos únicos para todo el país.

Creación original del corporativismo portugués son las *casas del pueblo,* constituídas en las feligresías rurales, por iniciativa de los particulares, o de las autoridades administrativas locales o por la subsecretaría de las Corporaciones, para fines de previsión y asistencia de instrucción y fomento de progresos locales.

La institución está inspirada en el carácter y necesidad de la población agraria portuguesa, en la que apenas si existe separación en los dos campos del trabajo y del capital, entre el simple trabajador y el pequeño propietario. Son miembros de las casas del pueblo los jefes de familia, aunque sean mujeres, de más de 18 años, requiriéndose, tan sólo, la nacionalidad portuguesa y la residencia en el término municipal. La Asamblea general de las casas del pueblo elige la Directiva con su Presidente, Secretario y Tesorero.

Las casas de pescadores, otra institución típica del corporativismo portugués, se constituyen en todos los centros pesqueros, por socios efectivos y socios protectores.

Son socios efectivos obligatoriamente todos los inscritos marítimos que estén matriculados en una localidad determinada. Y cuantos, en aquella jurisdicción, se dediquen a faenas de tipo marítimo

o de gentes de mar, pueden ser admitidos como socios efectivos.

Socios protectores son: *a*) Cuantas personas quieran auxiliar a las casas de pescadores; *b*) Forzosamente lo son las empresas de pesca y los armadores y propietarios de las embarcaciones de pesca.

Hay, al frente de esas Casas, una Junta Directiva presidida por el Capitán del Puerto o Delegado marítimo. Realizan las Casas de pescadores funciones de previsión y asistencia, educación e instrucción, y les compete la representación profesional de los organismos corporativos de trabajo en los límites señalados.

El Estado, para lograr una armoniosa unión de todos los elementos corporativos, ha creado organismos de coordinación económica, como las *Comisiones reguladoras,* las *Juntas Nacionales* y los *Institutos;* y, como sistemas centrales unitarios de todas las actividades nacionales económicas, culturales y morales, se constituyen las *Corporaciones* que pueden definirse como la "organización unificada de las fuerzas de producción y que representan íntegramente sus intereses."

Supuesta esta organización, el Estado portugués mantiene el sufragio universal directo para la elección del Jefe del Estado y de los miembros de la Asamblea nacional. Pero son las familias, por sus respectivos jefes, las que tienen el derecho exclusivo de elegir las Juntas de parroquia. Y son los organismos corporativos, en los que están encuadradas orgánicamente todas las actividades de la Nación, los que participan en las elecciones de las Cámaras municipales y de las Juntas de provincia y en la constitución de la Cámara corporativa.

Pertenece exclusivamente a las familias (por el respectivo jefe) el derecho de elegir las Juntas de parroquia (arts. 19 y 20).

A la organización política del Estado concurrirán las Juntas de parroquia para la elección de las Cámaras municipales, y éstas para las de las Juntas de la provincia. En la Cámara corporativa tendrán representación las autarquías locales (art. 21).

Finalmente, *la Cámara corporativa* está compuesta de representantes de las autarquías locales y de los intereses sociales, considerados éstos en sus ramas fundamentales de orden administrativo, moral, cultural y económico, designando la ley aquellos a quienes incumbe tal representación o la forma de elección y la duración del mandato (art. 102).

El Decreto-ley, que desarrolla el art. 102, llama Procuradores a los miembros de la Cámara corporativa. Son Procuradores el Presidente de cada corporación y los miembros del Con-

sejo respectivo designados por el Consejo corporativo; y los Presidentes de los municipios de Lisboa y Oporto, y Presidentes de Cámara municipal elegidos en Asamblea convocada al efecto.

4. La representación corporativa italiana.[1] Cuadros de su organización social. El Partido. — El conocido escritor fascista, Sergio Panuncio (p. 2.ª, c. II) afirmaba que el régimen fascista italiano encuadraba y organizaba todo el pueblo italiano en tres instituciones capitales: el *Sindicato,* las *Corporaciones* y el *Partido;* y que esas tres instituciones concurren, a través de sus órganos particulares, a formar la Cámara de los Fascios y Corporaciones: la primera, mediata e indirectamente, porque del Sindicato provienen, en gran parte, por designación, los componentes de los Consejos de las Corporaciones; la segunda y la tercera, por medio directo e inmediato.

En otras palabras, según el profesor italiano, en el sistema fascista, el pueblo italiano, no es el pueblo atomizado y desorganizado, sino el pueblo organizado, *políticamente* en el partido, *económicamente* en el Sindicato y las Corporaciones. Por lo mismo, el pueblo no muestra su actividad y soberanía en un sólo instante, en el instante de depositar su papeleta electoral en la urna, sino que actúa y es soberano en todos los momentos de la vida del Estado, porque pertenece al partido y a las organizaciones sindicales.

Según este punto de vista, no existe propiamente representación; el pueblo italiano no estaba propiamente *representado* en la Cámara de los Fascios y Corporaciones, como si ésta fuera una delegación de aquél. La relación que une el pueblo a la Cámara no es de representación, sino de organización. Así la cabeza no recibe de los demás miembros que componen nuestro organismo alguna delegación para el ejercicio de sus funciones directoras, sino que es la persona misma la que las ejerce, por medio de la cabeza, en virtud de la organización del cuerpo humano. Representación, pues, en el nuevo sistema, no quiere decir otra cosa que organización; o sea, que la Cámara no representa al pueblo, sino que es el mismo pueblo.

---

1 BRUNO BIAGI: *Principios generales del orden corporativo fascista,* Apéndice, p. 268.

Esto supuesto, la organización corporativa italiana se fundaba en el Sindicato, dividido en tres secciones: sindicato de obreros, sindicato de patronos y profesiones liberales y artistas.

Esta organización italiana no era *completa,* porque abarcando tan sólo a los obreros, patronos y artistas, dejaba fuera del cuadro sindical las instituciones de cultura y las morales. Era *libre,* por cuanto la ley permitía la asociación libre, sin obligar a los ciudadanos a inscribirse en los sindicatos oficiales. Sin embargo, en cada ramo de producción sólo se permitía una sola asociación de patronos y otra de obreros, *legalmente reconocida.* Con la particularidad de que estos sindicatos reconocidos representaban a todos los patronos y a todos los obreros del ramo; y que los contratos de trabajo que estipulasen y las cuotas anuales que impusiesen, obligaban a todos (patronos u obreros), aunque no estuviesen inscritos.

Las asociaciones de primer grado quedaban encuadradas en cuatro núcleos principales: agricultura, industria, comercio y crédito y seguros. Cada uno de éstos se dividían en dos Confederaciones: una de trabajadores y otra de patronos, a la que se unía otra novena: la Confederación fascista de profesiones y artistas.

Coronan todos estos grupos sindicales ciertos órganos centrales de enlace que agrupan las asociaciones de patronos y obreros en organizaciones superiores llamadas *Corporaciones,* en las que permanecen separadas la representación de patronos y obreros. Según esto, la *Carta del Trabajo* (Declar. VI) declaraba que las Corporaciones, "constituyen la organización unitaria de las fuerzas de la producción y representan integralmente los intereses de la misma".

Las Corporaciones son órganos centrales y colegiados del Estado, y mientras los sindicatos son entes públicos, autárquicos, dotados de personalidad autónoma, con propio patrimonio, poder de imposición tributaria, las Corporaciones no tienen personalidad jurídica, sino que son *órganos de la administración del Estado.* Además, mientras las asociaciones sindicales son entes homogéneos y comprenden en su seno una sola especie de productores (o patronos u obreros o profesionales), las Corporaciones son órganos de naturaleza mixta, en las que entran: *a*) representantes de los patronos; *b*) representantes de los trabajadores; *c*) representantes del Gobierno o representantes del Partido nacional fascista, para salvaguardia de los intereses superiores del Estado, o también de las categorías de no-productores, como los consumidores o contribuyentes. Las Corporaciones están presididas por el Jefe del Gobierno o por el Ministro de las Corporaciones, pudiendo ser nombrado un Vicepresidente entre los miembros de las Corporaciones, representantes del Partido fascista. Existieron 22 Corporaciones, a las que la ley señalaba:

a) funciones de conciliación de las controversías entre los patronos y trabajadores;

b) funciones normativas sobre las condiciones de trabajo, normas obligatorias para unos y otros;

c) funciones de reglamentación de las relaciones económicas, de la disciplina unitaria de la producción, estabilización de precios...

EL PARTIDO. — Decíamos arriba, tomándolo del profesor Panuncio, que el pueblo italiano estaba organizado *políticamente* en el Partido nacional fascista. Partido *único* de constitución y finalidad distintas de los llamados Partidos en los Estados demo-liberales, partidos formados por grupos de personas que se proponían, o temporal o indefinidamente, un fin o actitud política.

En contraposición a esos partidos, el Partido N. F. es, según el art. 1.º de su Estatuto, una milicia civil voluntaria a las órdenes del *Duce,* al servicio del Estado fascista. Tiene como misión (art. 3.º) la defensa y la potencialidad de la revolución fascista y la educación política de los italianos, y es condición indispensable, para pertenecer al Partido, la ciudadanía italiana y, desde 13 de febrero de 1939, el no ser de raza hebrea.

No se ingresaba en el P. N. F. por adhesión voluntaria, sino por reclutamiento o leva, que tiene lugar todos los años. De los hijos de la loba se pasa a los *balillas* (9 a 14 años); de los balillas a los *vanguardistas* (14 a 18 años); de los vanguardistas a los *fascistas universitarios* o de los *jóvenes fascistas* (18 a 21 años), y de éstos al *Partido N. F.*

Los militantes fascistas están agrupados en *fascios* de combate, dentro de los cuales, por regiones, provincias y municipios, se dividen en sectores diversos, y se unen en Federaciones con su Secretario federal y Directorio. Dentro del Partido, o dependientes de él, se constituyen otros grupos o núcleos por profesiones u otra nota peculiar, como Fascios universitarios, Fascios femeninos, Instituto Nacional de cultura fascista, dopolavoro, etc.

En cuanto a su organización, bajo la autoridad soberana del *Duce,* actúa un órgano supremo colegiado: *El Gran Consejo del Fascismo* y varias otras Jerarquías, puestas al frente del Partido y de las agrupaciones intermedias e inferiores.

El personaje central del Partido era el *Secretario del P. N. F.,* nombrado y revocado libremente por el *Duce.* Ipso jure, forma parte del Ministerio y de todas las grandes Instituciones del Régimen, y tiene facultades de nombramiento y dirección amplísimas. Preside las otras

dos organizaciones del Partido: el *Directorio Nacional* y el *Consejo Nacional del Partido.*

5. Reflejo en la representación política. — He aquí el esquema de las dos grandes formaciones orgánicas que pretendían encuadrar todo el pueblo italiano y sobre las cuales descansaba la organización política representativa del nuevo régimen fascista.

A esta representación política del régimen fascista dió vida oficial la Ley de creación de la Cámara de los Fascios y de las Corporaciones, sancionada por el Rey el 19 de enero de 1939 y publicada en la *Gazzetta-Ufficiale* el 14 de febrero, en la *Cámara de los Fascios y de las Corporaciones.*

Componen esta Cámara:

a) El *Duce.*

b) Miembros del Gran Consejo del Fascismo.

c) Componentes del Consejo Nacional del P. N. F.

d) Los del Consejo Nacional de las Corporaciones: los que forman la Comisión corporativa central y los Consejeros efectivos.

Como se ve, destaca como carácter esencial de la Cámara de los F. y de las C. el que es una Cámara compuesta de miembros no elegidos, ni siquiera escogidos y nombrados con el solo fin de formar parte de la tal Cámara; sino de personas designadas por razón de un cargo u oficio que ejerzan o tengan en las organizaciones del Partido o en las Corporaciones... Y como todo el pueblo italiano está encuadrado en las Corporaciones y en el Partido, se supone que la Cámara que se asienta sobre esas dos magnas agrupaciones nacionales, representa a la Nación.

Finalmente, de la composición de esa Cámara se deduce que el número de sus miembros es variable. *Variable,* porque el número de los Secretarios federales, p. ej., puede variar con la creación de nuevas provincias; o el número de los miembros efectivos de las corporaciones también puede variar con la creación de nuevas Corporaciones.

Así se comprenden las afirmaciones de Sergio Panuncio cuando escribía que el régimen fascista italiano encuadraba y organizaba todo el pueblo italiano en tres instituciones capitales: El *Sindicato,* las *Corporaciones* y el *Partido;* y que esas tres Instituciones concurren, a través de sus órganos peculiares, a formar la Cámara (de los Fascios y Corporaciones): la pri-

mera, mediata e indirectamente; la segunda y tercera, por medio directo e inmediato. No existía, por lo tanto, propiamente *representación* en el régimen fascista; la relación que une el pueblo a la Cámara no es de representación, sino de organización. La cabeza no recibe de los demás miembros que componen nuestro organismo ninguna delegación para el ejercicio de sus funciones directoras, sino que es la persona misma la que las ejerce, por medio de la cabeza, en virtud de la organización del cuerpo humano.

6. La organización social en la Alemania nacional-socialista y Rusia comunista, y la representación política.[1] — Aunque antiindividualista y antisocialista, el régimen nazi alemán no se inspira en los principios del corporativismo para su estructura y organización social. Porque el corporativismo tiende a agrupar los hombres según la comunidad de intereses naturales y de funciones sociales, aunando los varios elementos que intervienen en una obra común; y así establece una base social sobre la que se levanta la representación política.

Pero la organización nazi parte del principio capital de la unidad orgánica de las empresas. Y los diversos miembros de las mismas están trabados jerárquicamente bajo la férula de un Jefe que se impone por sus aptitudes y condiciones de mando. El resto del personal son como secuaces del Jefe, al que están unidos por el lazo de fidelidad, y que se sienten dominados por el sentimiento del honor que los impulsa al servicio de la comunidad y del bienestar social. Por lo tanto, al egoísmo de los intereses materiales, al compromiso contractual más o menos libremente contratado, a la lucha de clases, tan propios de las ideologías liberal y marxista, sustituyen otros móviles y estímulos, como el sentimiento del honor social, la alegría del bienestar social logrado y la seguridad que da la disciplina, la jerarquía y la unidad de mando.

Varias fueron las organizaciones que, bajo la inspiración de su ideología peculiar, formó el nacional-socialismo. Entre ellas destaca, como organismo central que aspira a englobarlos todos: *El Frente Nacional del Trabajo Alemán*. Y, con alguna holgura, pero dentro del

1 GIUSEPPE LO VERDE: *Il Nazionalsocialismo e la struttura giuridica del terzo Reich*. F. Ciuni Editore. Palermo, 1941. Sobre todo p. 2.ª, capítulos IX y XI.

marco de esa asociación, aparecen otros como los *grupos económicos* de la *Industria,* el *Artesanado,* el *Gremio de Alimentación,* la *Cámara de Cultura,* etc.

EL FRENTE NACIONAL DEL TRABAJO ALEMÁN (30 de enero de 1934), era una organización en la que tenían su puesto todos los alemanes que se dedicaban a un trabajo intelectual o manual. (Estaban excluídos naturalmente los judíos.) La organización interna y las relaciones entre el patrono y los obreros de las empresas, se regulaban, no por principios corporativos, sino por los principios antes citados. En toda empresa había un Jefe que la dirigía, que redactaba el estatuto del personal, fijaba la cuantía de la remuneración, el comienzo y fin de la jornada...; en una palabra, que decidía todos sus asuntos.

Para poner algún freno de moderación a esas atribuciones unilaterales del patrono, hay en toda empresa un *Consejo de confianza* (renovado todos los años, por elección en lista redactada por el Jefe de la empresa de acuerdo con el Jefe de la célula nacional-socialista de la empresa), un *Comisario del Trabajo* (nombrado por el Gobierno), aparte del Tribunal de Honor.

Como *El Frente Nacional del Trabajo,* las demás asociaciones que hemos citado, como la de *Grupos Económicos, El Gremio de Alimentación, Cámara de Cultura,* etc., deben todas su origen a una Ley que las crea y organiza, y las somete al ideario.

De lo dicho se desprende que las bases de la organización social de la Alemania nacional-socialista eran opuestas a todo corporativismo, a toda agrupación por intereses y funciones comunes, y, por lo tanto, a todas sus derivaciones jurídico-políticas. Ni podía hablarse, en aquel régimen, de ninguna clase de representación orgánica, ni corporativista; ni siquiera de clase alguna de representación. Es el régimen de la Jefatura, en su sentido absolutista más rígido, que informa todas las esferas y todas las actuaciones de la vida social y política.

Existía también, como en Italia, un partido único, el Partido nacional-socialista,[1] al que se reputaba como la espina dorsal del nuevo régimen; Partido declarado como "portador de la idea del Estado alemán y unido inseparablemente con el Estado". Para el ingreso en el Partido nacional-socialista, se seguía, como en la Italia fascista, el sistema del reclutamiento a través de las organizaciones juveniles alemanas (la juventud hitleriana) en las que, durante 10 o 12 años, los aspirantes reci-

1 R. BONNARD: *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-socialista,* c. III.

bían la formación física y mental apropiada para ser miembros del Partido.

El Partido estaba organizado según los principios de la Jefatura. El guía y conductor supremo era el Führer con poder absoluto sobre todos los otros Jefes. Ninguno de ellos es elegido; todos son nombrados o depuestos por su superior.

Puede afirmarse, en conjunto, que la organización del Partido se asemejaba a la de un Estado autoritario y rígidamente jerarquizado, con toda la complejidad de sus funciones, órganos, consejos asesores y jefes responsables. Innumerables otras asociaciones figuraban como directamente unidas o afiliadas al Partido (Secciones de asalto y seguridad, juventud hitleriana), y células nacional-socialistas aparecían en todas las otras asociaciones de tipo social: industria, comercio, artesanado, etcétera.

Aunque, jurídicamente, pueda decirse que Estado y Partido caminaban paralelamente, de hecho era evidente la subordinación del Estado al Partido, como lo proclama el Decreto de primero de diciembre de 1933, al declarar que el Partido nacional-socialista es el "portador de la idea del Estado alemán, y está inseparablemente unido con el Estado". De aquí la influencia exclusiva del Partido en las tareas del Gobierno del país, como se manifiesta en el hecho de que los puestos directivos y más relevantes de la vida política alemana estaban reservados a los miembros del Partido. Para lograr estos fines de compenetración del Estado y Partido se creó una *Oficina de enlace* entre el Gobierno y el Estado, dirigida por el Lugarteniente del Führer. Su misión consistía en mantener constantemente el contacto entre la Dirección del Partido sita en Munich y los Ministerios, y, principalmente, con la Cancillería.

* * *

Tampoco la ideología marxista y *totalitaria de la U.R.S.S.* puede dar cabida a una organización social corporativa.[1] No se conciben allí organizaciones intermedias entre el Estado y el individuo. Aun éste vive carente de toda personalidad propia, como embebido en el organismo del Estado.

El bolchevismo desconoce las clases sociales, aniquiladas todas en provecho de la proletaria; desconoce el núcleo familiar,

---

1 GASPARE AMBROSINI: *L'Unione sovietica. Ideologie et realta.* Sobre todo p. 2.ª, cc. 12 y 16. Trimarchi-Palermo, 1935.

reducido a una unión de hecho, incierta y temporal, o, a lo más, una asociación de trabajo de un hombre y de una mujer; desconoce hasta el nexo nacional por sus tendencias internacionalistas... La comunidad nacional rusa agrupa a todos los ciudadanos alrededor del eje económico y político, en cuadros diversos o soviets, hasta formar la construcción monopolítica gigante del Estado ruso.

Por lo demás, la Constitución rusa (1936), en sus artículos 125 y 126 garantiza la libertad de asociación y el derecho de reunirse en organizaciones públicas: "Asociaciones profesionales, organización cooperativa, organizaciones juveniles, organizaciones deportivas y de prácticas defensivas, sociedades culturales, técnicas y científicas. Pero todo ello se concede y garantiza a los *trabajadores* con el fin de reforzar la organización socialista y la actividad de las masas populares; para lo cual, el Estado pone a su disposición y a la de sus organizaciones, las imprentas, las provisiones de papel, los edificios públicos, las calles, los medios de comunicación y demás medios materiales necesarios para su ejercicio (art. 125).

Particular protección concede la Constitución al Partido comunista.[1] Según el art. 126, "los ciudadanos más activos y conscientes de la clase trabajadora y de los otros núcleos de operarios se reúnen en el Partido comunista de la U.R.S.S. y forman la vanguardia de los trabajadores en su lucha por el afianzamiento y el desarrollo del régimen socialista y que representa el núcleo directivo de todas las organizaciones trabajadoras, sean sociales o estatales" (a. 126). Como en la Alemania nazi, es el Partido comunista el que tiene sometido al Estado, infiltrándose en todas sus instituciones, con su célula comunista, su Congreso, su Comité central y Secretariado, y, recientemente, con la Conferencia pansoviética del Partido. Forma una verdadera selección ("seamos un partido escrupulosamente seleccionado, un partido de *elite*, como no existe otro en el mundo." *Lenin*) sacada por levas de sus organizaciones juveniles.

El Estado soviético, por lo tanto, se levanta y sostiene sobre el Partido comunista. Porque son las organizaciones comunistas las únicas que pueden presentar candidatos (art. 141) para el Congreso supremo de los Soviets.

---

1 G. AMBROSINI: Op. cit., p. 2.ª, cc. 18, 19 y 20.

No hay, pues, en la U.R.S.S. organización corporativa, ni cabe representación social; sino, bajo la fachada de una organización democrática, individualista y de sufragio universal, reina la dictadura del Partido comunista, que ocupa todos los puestos de mando y retiene en su mano, indefinidamente, los resortes del Gobierno.

8. España: referencia. — En la España contemporánea, los organismos sindicales y profesionales, las corporaciones locales, las asociaciones culturales, sirven de base a la representación política de la Cortes, como lo expondremos en lugar oportuno.

CAPÍTULO CUARTO

SUMARIO: 1. Formas de obtener la representación: influencia de los sistemas sociales y políticos. — 2. El sufragio: noción y naturaleza jurídica. — 3. El sufragio-derecho. — 4. El sufragio-función. — 5. El sufragio-deber. 6. El derecho electoral ¿es un poder? — 7. Clases de sufragio: universal o restringido, múltiple o plural, directo o indirecto. — 8. Capacidad electoral: ciudadanía y edad. Censo y cultura. — 9. Exclusiones por indignidad o incompatibilidades.[1]

1. Formas de obtener la representación: influencia de los sistemas sociales y políticos. — De las consideraciones hechas en las páginas anteriores, fácilmente se deduce la gran influencia que, en la determinación de la representación y en la designación de los representantes, ha de ejercer el concepto que se tenga de la realidad social y de su estructura. En una sociedad individualista, conjunto amorfo e inorgánico de ciudadanos, sin que entre éstos y el Estado se admitan asociaciones intermedias, los procedimientos de designación no han de ser los mismos que los utilizados en una *Sociedad orgánica,* integrada por entidades y asociaciones inferiores, reconocidas y aceptadas como miembros oficiales de la comunidad política.

Esta disparidad de procedimientos que se hizo ya patente en el Capítulo anterior, al comparar la representación antigua con la moderna, se hace aún más viva con el contraste, en nuestros tiempos, entre la sociedad individualista y corporativa.

Obsérvese, sin embargo, que el régimen moderno-liberal que

---

1 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político,* nn. 151 y ss. parte 1.ª, tít. II, c. II, sec. 2.ª; BARTHELEMY-DUEZ: *Traité de Droit constitutionnel.* Deux. Partie: Tít. I, p. 290 y ss.; ORBAN: *Le Droit constitutionnel de la Belgique,* t. II tít. I, c. III; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel,* p. 142 (París-Sirey, 1949); BALLADORE-PALLIERI: *Diritto costituzionale,* p. 75 (Milano-Giuffré, 1949); LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit constitutionnel,* p. 459 y ss. (París-Domat, 1947); CALAMANDREI: *Commentario sistematico alla Costituzione italiana,* vol. 2.º Il Parlamento (Barbera-Firenze, 1950.)

ha dominado en todos los países civilizados en el siglo XIX y lo que llevamos del XX, ha prevalecido, como procedimiento casi exclusivo para la formación de órganos representativos, el sufragio, y el sufragio individual igualitario. Y obsérvese también que, a pesar de la transformación social que el movimiento corporativista ha provocado, aun en las Sociedades políticas antiliberales, el sufragio, sin que sea precisamente individual ni igualitario, sigue siendo un instrumento lícito y necesario en la función preparatoria de la formación de los organismos representativos. Obsérvese, finalmente, que el sufragio se emplea no sólo para la creación de órganos representativos deliberantes (Cortes), sino también para elección del poder ejecutivo (Presidente de la República), funcionarios administrativos (Alcalde-Concejales), y hasta, en alguna parte, los Jueces (EE. UU. en algunos Estados particulares).

Estas consideraciones nos indican la gran importancia del sufragio como institución política, y la necesidad de estudiar su noción, su naturaleza jurídica, sus clases, su alcance, etc.

2. El sufragio: noción y naturaleza jurídica. — Frecuentemente se define el sufragio diciendo que es "la manifestación de la voluntad de los ciudadanos por la que se designan los que, como representantes del país, han de ejercer las funciones públicas".

Sin embargo, esta noción, generalmente admitida, es demasiado estrecha e incompleta. Porque los ciudadanos expresan su voluntad política para fines distintos de la designación de representantes; el cuerpo de ciudadanos vota, también para aprobar o rechazar o proponer una ley, aceptar o rehusar una dinastía o forma de Gobierno, destituir un funcionario público; en una palabra, para adoptar decisiones o resolver conflictos, utilizando los procedimientos del referéndum, plebiscito o iniciativa. No es, pues, la función electoral la única para la que interviene directamente la voluntad ciudadana.

Lo que ocurre es que, en todos los países de tipo democrático, el sufragio es de uso ordinario, frecuente y necesario para elegir a los representantes, al menos de los organismos deliberantes; mientras que, en algunos países democráticos, o no se admite el referéndum, ni la iniciativa popular, o el uso de estos procedimientos es poco frecuente.

Dedúcese de ello que la manifestación de la voluntad ciu-

dadana en función electoral ofrece el lugar más apropiado para estudiar la institución del sufragio, exponer su naturaleza, su extensión, sus clases.

* * *

Se suele afirmar del sufragio que es un derecho y un deber y una función, calificaciones exactas según los distintos puntos de vista en que se le considere.

Se ha disputado, sin embargo, si el derecho del sufragio es un derecho natural, o es, más bien, un derecho positivo, concedido por la ley en concordancia con determinados regimenes políticos.

3. El sufragio derecho. — Sostuvo lo primero Rousseau, y siguen sosteniéndolo los partidarios de la doctrina del filósofo ginebrino sobre la soberanía nacional, la voluntad general y la ley. "Tendría que hacer no pocas reflexiones sobre el simple derecho a votar en todos los actos de soberanía, derecho que nada puede quitar a los ciudadanos."[1]

Este pensamiento de Rousseau inspiró a sus discípulos y admiradores algunos argumentos para defender la tesis del Maestro, y los utilizaron los prohombres de la revolución francesa, como Petion, Robespierre, Sieyes, en la Asamblea Constituyente. Se apoyaban en el supuesto de que la soberanía reside en la nación, pero repartida en porciones infinitesimales entre todos y cada uno de los ciudadanos; y en que la ley es la expresión de la voluntad general de todos. Si, pues, de la expresión de la voluntad general o de la soberanía se excluyera a algunos ciudadanos, resultaría una expresión mutilada y falsificada, y, por lo tanto, nula.

Supuestos todos ellos falsos. Esa división y reparto de la soberanía en partes alícuotas, y repartidas por igual entre los ciudadanos, es una ficción arbitraria, en pugna con la unidad de la soberanía y de la personalidad de la nación en la que reside la soberanía originaria. Tampoco la ley, como hemos de ver más tarde, es la voluntad general rusoniana.

Aparte de las consecuencias inaceptables que lógicamente se habrían de derivar del sufragio-derecho natural.

---

1 *Contrato social*, l. IV, c. I; J. J. CHEVALIER: *Les grandes oeuvres politiques*, II partie, c. III (Colín-París, 1950).

Ya hizo notar Orlando[1] que, en tal caso, todos los Estados en que no estuviese establecido el sufragio universal (y este sufragio es de fecha recientísima) serían Estados contra naturaleza, lo cual es absurdo e inadmisible.

En el mismo sentido, argüía Villey[2]: "El derecho de votar no es un atributo de la personalidad humana." Si lo fuera, debería pertenecer aún a los niños, a los locos, a los peores criminales, lo que es contrario a la razón, y ninguna legislación lo ha admitido, ni lo admitirá jamás."

Y es que no hay ninguna razón filosófica, ni histórica que demuestre que el ejercicio del sufragio, en sí, sea condición esencial a toda actividad o gobierno bien ordenado. Pues otras formas de Gobierno que excluyen o restringen o modifican el derecho del sufragio, son lícitas, y, en muchas épocas, pueden ser convenientísimas.

Además, la experiencia demuestra lo contrario. Porque las legislaciones no conceden ni han concedido nunca el voto al hombre, sino al ciudadano, y al ciudadano adornado de ciertas condiciones, que no se encuentran en todos los hombres.

La concesión del voto político a la mujer, hoy extendida a la inmensa mayoría de los países civilizados, aparte de que es de fecha recientísima, es vivamente discutida (lo veremos más abajo), y no lo habría de ser si el sufragio fuese de derecho natural.

En resumen, todos los sistemas electorales del mundo hablan de la *capacidad* electoral y determinan las condiciones precisas para disfrutar del derecho y señalan exclusiones perpetuas y temporales, sin que, en esos casos, el ejercicio del derecho se adjudique a sus representantes legítimos, como en los niños, locos y otros excluídos.

Tampoco es convincente la reciprocidad, cuasi-matemática, que algunos establecen entre los derechos y deberes de los ciudadanos. Es justo, dicen, que quien paga contribuciones gravosas, sacrifica su libertad, y, a veces, la vida, posea, en justa reciprocidad, la facultad de participar, por medio del voto, en la administración pública. Pero los deberes que hay que cumplir para con el Estado no son como la contrapartida exacta de los derechos de que se goza en él, o viceversa. Estas aportaciones son consecuencia de la naturaleza misma del Estado, cuya regular existencia reclama, en concepto de derechos y deberes, ciertas cooperaciones de sus miembros, cooperaciones exigidas por el bien común. Pero esas aportaciones, siendo muy reales, pueden no ser las mismas en todos los miembros. Algunas de ellas pueden recaer exclusivamente sobre unos ciudadanos y no sobre otros, por la naturaleza misma y reparto equitativo de las cargas que se imponen o por otros motivos.

---

1 *Principii di diritto costituzionale*, n. 108.
2 *La législation électoral comparée*, P. 1.ª, c. III.

Es constitución orgánica la del Estado. En todo organismo, como en el humano, todos los miembros contribuyen a la vida y bienestar del ser. Pero no puede exigirse a la cabeza lo que hacen los pulmones, ni al sistema nervioso lo que hace el sistema vascular, por la simple razón de que todos los miembros disfrutan de las ventajas de la vida.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que *el sufragio* es un *derecho positivo,* un derecho legal que tiene su raíz en la organización fundamental de cada Estado.[1] Establecido legítimamente en un país el régimen representativo liberal, parece necesaria la implantación y regulación del derecho electoral. Y como derecho que tiene una finalidad de carácter público: la designación de los gobernantes del país a quienes se va a confiar la administración y vida del Estado, esta facultad debe existir y debe regularse en orden al bien común.

Encuéntrase, pues, la razón de este derecho en la naturaleza y fines del Estado, cuya consecución da lugar, en el proceso de los tiempos, al vario y armónico desarrollo de las instituciones políticas de carácter positivo que se juzguen convenientes. Una de estas variaciones es el sistema representativo en sus diversas formas; en ese sistema, como supuesto necesario ha de aparecer el derecho electoral. A la legislación pública constitucional compete concederlo y regularlo con la mira puesta siempre en el bien común. Y como la justicia exige que se distribuyan los derechos lo más equitativa y universalmente entre los que tienen título y capacidad suficiente para ejercerlos; y como, por otra parte, es deseable y razonable la satisfacción de todo un pueblo al sentir su propia intervención en el gobierno de su país, complacencia que ayuda a la obediencia y da la grave sensación de la responsabilidad, opinamos que, una vez establecido legalmente el sistema liberal representativo, es justo que se otorgue el derecho de una manera universal — aunque no igual — entre los que tienen título y condiciones para ejercerlo.

4. El sufragio-función. — El sufragio es también *una función,* y una *función pública.* Es *función,* porque es el ejercicio de una actividad: la de la expresión de su voluntad; y *función pública,*

---

1 En este sentido define Laferrière el sufragio político: "el poder *concedido por la ley* a ciertos miembros de la nación, los ciudadanos que forman el cuerpo electoral..." (Op. cit., p. 459).

de carácter público, porque se dirige a un fin público: la designación de los gobernantes.

Ahora bien: toda actividad dirigida a un fin necesita estar adornada de aquellas condiciones que la capaciten para llegar a él; de otra manera, resultaría inútil, cuando no perjudicial o absurda. Y tratándose de una función pública, como el voto, los que la ejercen han de tener cualidades o capacidad para realizarla conforme al fin para el que está destinada.

De donde se deduce que se da sencillamente al sufragio el nombre de función, porque es el ejercicio de una actividad, ejercicio que supone, exigiéndolo así el bien común, ciertas condiciones de capacidad, concepto que no pugna con el carácter de derecho. Porque, en realidad, es ambas cosas a la vez, según el punto de vista en que se le considere.

Pero el hecho de que el sufragio es una función y función delicadísima que requiere una "capacidad suficiente", cuyas condiciones puede determinar la ley, plantea el problema de la capacidad electoral, problema importantísimo.

"Sin duda, dice Esmein-Nezard,[1] que se desprende del principio de la soberanía nacional que todos los ciudadanos son llamados a ejercer esa función fundamental; porque restringir su ejercicio *a priori*, en provecho de una clase particular de ciudadanos, equivaldría, de hecho, a concentrar la soberanía en esa clase privilegiada. Pero este ejercicio supone en el ciudadano la capacidad suficiente, puesto que, sin ella, sería inconciliable con el interés general. Puede por tanto la ley, dentro de estos límites, determinar su condición."

En conclusión, el electorado no es un derecho personal del ciudadano; es ante todo, una función, y aun un deber impuesto por la ley al ciudadano en relación al bien común, para asegurar el buen gobierno del Estado y la salvaguardia de los intereses de la nación. Solamente a aquellos a quienes juzga capaces de comprender esos intereses y de sacrificar por ello sus pasiones, debe el legislador confiar esa misión.

5. El sufragio es un deber. — Establecido legalmente en un país el sistema representativo, existe obligación de votar, nacida de la justicia legal que nos liga con el bien y prosperidad del Estado, que, en gran parte, depende de aquellos que el sufragio designa para dirigir los destinos públicos. Esta obligación es ge-

---

1 *Eléments de Droit constitutionnel*, tomo, I, p. 1.ª, tít. II, c. II, sección 2.ª IV. Recueil Sirey. 1927.

neral para todos los ciudadanos electores, sin que, en un caso particular, se quebrante por la abstención del voto, tolerada por una causa razonable y aun por negligencia, cuando fundamentalmente se suponga que la tal abstención ha de ser ineficaz.

En la práctica, la obligación de votar y la correspondiente responsabilidad por haber dejado de votar, puede atenuarse y aun dejar de existir por mil circunstancias que coartan y suprimen la libertad del votante. A ello contribuyen, no ya sólo la pasión política que tanto ofusca, sino la imposición violenta de la disciplina de los partidos y de personas o entidades de las cuales dependen muchos ciudadanos.

Pero el deber del sufragio no sólo se refiere al mero acto de votar, sino que se extiende también a la manera de votar. Hay obligación de votar al que, en cada circunstancia, se juzgue digno y competente para el cargo que ha de proveerse. Dar el voto a un hombre reconocido como indigno, es inferir conscientemente al Estado una injuria grave y dañosa, que "obliga a la restitución en proporción de la eficacia del voto y del daño que se hubiese seguido, según los principios generales de la justicia".[1] Es también cooperar en cierta manera a todas las injusticias que, en el ejercicio de su cargo, se prevea fundadamente que el elegido indigno puede cometer contra el Estado o contra las entidades particulares.

Las Constituciones modernas tienden a imponer, por medio de la ley, obligación jurídica de votar y los tratadistas a corroborar esa actitud legal. Algunos pocos, fieles seguidores de la doctrina rusoniana, y lo recuerda Esmein-Nezard,[2] arguyen que "si el derecho del sufragio es un derecho individual inherente a la persona, cada uno puede usar de él a su voluntad, como de cualquier otro derecho que le corresponda".

La réplica a esta afirmación es clara y condundente.[3]

Es falso que el titular de un derecho queda libre para ejercerlo o no ejercerlo. En algunos casos, en los que no interviene interés de tercero, puede quedar libre; v. gr. en el derecho a contraer o no con-

---

1 VERMEERSCH: *Cuestiones acerca de la justicia: El derecho del sufragio*, n. 92.

2 Op. et loc. cit., p. 299. Ed. 1927.

3 DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel*, t. II, pár. 36. Ed. 1923; BARTHELEMY-DUEZ: *Traité de Droit constitutionnel*, Deuxieme Part. tít. I, c. II, sec. II, p. 340 y ss. Dalloz, 1933.

traer matrimonio. Pero, cuando en el ejercicio del derecho interviene el interés de tercero o el interés social, el derecho entraña, al mismo tiempo, una obligación; v. gr. el derecho y obligación, en el padre de familia, de educar a sus hijos. Mucho más tratándose del derecho electoral, que al mismo tiempo es una función, y función pública, en cuyo recto ejercicio está comprometido el bien general del país.

¿Sería oportuno convertir el deber del voto, en deber jurídico impuesto por la ley? No lo cree prudente ni eficaz Orlando,[1] quien opina que si, desde el punto de vista jurídico, puede la legislación positiva considerarlo e imponerlo como deber; no así desde el punto de vista político. Y ello por su inutilidad: "Un elector que vota forzado, dice, será, por lo regular, un elector que vota mal."

Sin embargo, son bastantes las legislaciones electorales que imponen la obligación de votar, añadiendo, a veces, al incumplimiento de la obligación, alguna sanción, que puede ser de dos clases: o *sanción moral* (reprensión, privación temporal o definitiva del derecho a votar, suspensión del jus honorum) o *sanción pecuniaria* (multa).

Además, el voto obligatorio y sancionado sería un medio para desterrar la plaga del abstencionismo que, cuando es un poco extensa, llegaría a deformar la representación nacional. Así se llegó a afirmar de la Italia anterior al fascismo, que su Senado, de nombramiento real, representaba más exactamente al país que la Cámara de representantes elegidos por sufragio universal.

En general, puede decirse que la proporción de electores que no acuden a las urnas ha sido, muchas veces, elevadísimo. En Inglaterra, en las elecciones generales de 1918, los abstencionistas llegaron al 50,7 % de los electores; en Rumania (en 1919) al 54 %; en Finlandia (1922) al 77 %.

De *Francia* presenta Duguit (tomándolo de un Informe de Ch. Benoist a una Comisión parlamentaria) un cuadro de las elecciones generales celebradas desde 1881 a 1913. En todas ellas los abstenidos superan a los votantes, reduciéndose en algún año (1885) la masa electoral votante a la tercera parte de los inscritos en el censo.[2]

La obligación de votar es un remedio para combatir el abstensismo, y algunas naciones lo han impuesto: Bélgica en 1893; España en 1907; Argentina en 1912; Dinamarca, Centro América, Checoeslovaquia, Rumania, Australia, etc.; aparte de algunos Cantones Suizos en los que está establecida la obligación de asistir a sus *Landsgemeinde.*

Finalmente, el voto obligatorio ¿ha resultado eficaz? La experiencia, en general, le ha sido favorable, sobre todo en algunos países,

---

1 Op. cit., n. 110.

2 DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel,* t. II, pár. 35. Ed. 1923. Para más detalles véase BARTHELEMY-DUEZ: Loc. cit.

como en Bélgica. Como dice Orban: "No pueden ser más satisfactorios los resultados que ha tenido entre nosotros el voto obligatorio".[1]

6. El derecho electoral ¿es un poder? — El profesor *Hauriou* defiende que el derecho electoral es un poder, un poder de gobierno, que debe figurar al lado de los otros poderes del Estado, el poder ejecutivo y legislativo.

Y lo prueba, diciendo que el poder del sufragio está mezclado a los acontecimientos políticos y a la misma vida política interior del Estado, lo mismo que el poder deliberante y el ejecutivo. Y ello en dos formas: 1) en forma de *referéndum,* y 2) en calidad de poder gobernante.

1) En forma de *referéndum,* como en Suiza, y, a veces, unido a la iniciativa popular. En este caso, la sociedad interviene positivamente en la formación de la ley, puesto que su aceptación es necesaria para que el acuerdo legislativo tenga fuerza de ley, de ley ordinaria y de ley constitucional.

2) Aun en calidad de *poder gobernante.* Confiesa Hauriou que, en este sentido, en los países de gobiernos representativos (que son la inmensa mayoría de los países civilizados), la calidad de poder en el derecho electoral es menos visible, y que sólo indirectamente participa en las funciones del Estado, eligiendo las mayorías electorales.

No nos convencen las razones del profesor Hauriou. La votación del "referéndum" no es el voto electoral; es nada menos que el ejercicio de la soberanía, que, para determinadas materias, se han reservado algunos pueblos. Es una manifestación de gobierno directo.

En los regímenes representativos donde tiene su lugar propio el sufragio para la elección de representantes (o legislativos o ejecutivos o aun judiciales en algunos países), son los representantes elegidos los que ejercen el poder o función gubernamental. El elector no hace más que designar al representante. Si a esa designación quiere llamar Hauriou participación indirecta o remota en el poder de gobierno, no hay por qué discutir por cuestión de palabras. A nosotros nos parece impropio afirmar que ejerce una función gubernamental del Estado.[2]

---

1 ORBAN: *Le Droit constitutionnel de la Belgique,* tomo 2.º, tít. 1.º, capítulo III. Véase también BARTHELEMY: Loc. cit. supra.

2 HAURIOU: *Precis de Droit constitutionnel,* l. III, c. III, pp. 600 y ss. 1923.

7. Clases de sufragio; sufragio universal y sufragio restringido. — Se clasifican los sufragios atendiendo a varios criterios. Por razón de la extensión, el sufragio puede ser *universal* o *restringido*.

Es sufragio *universal* el concedido por igual a toda persona mayor de edad. La fórmula aceptada reza: "Un hombre (persona) un voto."

Sufragio *restringido* es el sufragio concedido, no a la persona humana, simplemente; sino a la persona adornada con determinadas condiciones, v. gr. de cultura, de riqueza, etc.

El Prof. Ruiz del Castillo,[1] estima que a la definición anterior de sufragio universal se debe añadir: "Voto emitido en un colegio de base territorial, y no de base profesional o corporativa." Y la razón es que ese voto emitido en varios colegios de base profesional o corporativa (al que denomina voto social) puede ser *plural* o *múltiple;* lo cual pugna con el carácter igualitario del genuino voto universal.

En este sentido, será *voto social* el que se emite para representar intereses parciales, pero difundidos e individualizados, como cuando se organiza el sufragio por censos profesionales o clasistas, v. gr., censos de agricultores, industriales, etc.; o cuando se emite el voto para representar a personas colectivas o corporaciones, v. gr., Universidades, Iglesias, etc. De ahí el *voto múltiple;* el voto de persona que lo emitió dos o más veces, como ciudadano residente en una localidad una vez, y otras como agricultor, ministro de una Iglesia...

Pero existe también, en oposición al sufragio universal, el *voto plural.* Es el concedido a una persona que, en un solo acto, además de su voto individual, como ciudadano, emite otros suplementarios, por la condiciones de cultura, posición económica, etc., que puede reunir.

Existió el *voto plural* en Bélgica desde el año 1893, en que se admitió, hasta la reforma de 1919, en que se volvió al sufragio universal puro y simple. Aparte del voto que competía a todo ciudadano belga, por serlo, se añadía: 1) Un voto suplementario al *jefe de familia* casado o viudo, con hijos, de 35 años de edad y que pagara una contribución personal de 5 francos; 2) Otro voto suplementario (el del ahorro), al propietario de un inmueble de 2.000 francos, o al que pagaba una contribución de 100 francos por renta; y 3) Dos votos suplemen-

1 RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., n. 153.

tarios a la *capacidad;* al poseedor de un diploma de enseñanza universitaria o certificado similar, etc.[1]

El voto *múltiple* existía en Inglaterra hasta la reforma electoral de 1918, por razón de las llamadas *franquicias electorales,* a cada una de las cuales se atribuía un voto. Estas franquicias eran tres: 1) la *residencia;* 2) la *ocupación* de un local o finca de negocio de un valor de 10 libras; 3) el *grado universitario* para los Diputados universitarios. Estas franquicias electorales han ido desapareciendo, y sólo quedaba, aunque muy combatida en los *Comunes,* la franquicia universitaria, que también ha sido suprimida.

Propugnan algunos el *voto familiar;* es decir, el otorgado al jefe de una familia, como representante de los demás miembros de la misma o porque se le supone más interesado que el célibe en la buena gestión de los negocios públicos; o por la gran importancia que la familia tiene aun para la existencia misma de la nación. Lo rechazan otros, en nombre del voto igual, que consideran tan arraigado en nuestra sociedad contemporánea, que su implantación habría de acarrear una perturbación.

VOTO CORPORATIVO. — Es el que emite el ciudadano dentro de la asociación o corporación a que, por su profesión, pertenece. Supone esta forma de sufragio que la base de la representación no es el distrito territorial o circunscripción en que se agrupan los habitantes del país, sino las agrupaciones de ciudadanos reunidos por profesiones, no sólo de tipo económico, sino de todas clases, y entidades políticas, como Ayuntamientos, Diputaciones. Se parte de la idea de que la representación que brota de la sociedad así organizada, es más exacta y genuina que la que sale de la sociedad inorgánica e individualista.

Encuadrada así la población electoral, no en distritos territoriales, sino por la diversidad de actividades, la representación política puede ser designada de varias maneras: o por votación libre de los miembros de la profesión, o espontáneamente son llevados a los organismos políticos los que, ya de antemano, están señalados para la dirección de sus actividades profesionales, v. gr. los Presidentes o Gerentes de las Juntas Directivas de la profesión (representación institucional).

VOTO DIRECTO E INDIRECTO. — El voto es *directo* cuando el elector elige, por sí mismo, personalmente y sin intermediario,

---

1 ORBAN: Op. cit., t. II, nn. 20 y ss.

al representante. En el *indirecto* o de varios grados, los electores, en vez de elegir directamente el candidato, escogen determinadas personas, que, en su lugar, cumplen esa misión. Estos segundos electores se denominan *compromisarios.*

En el *sufragio indirecto,* distinguen algunos, dos formas o matices diversos:

1) Cuando son elegidos los compromisarios con el único y exclusivo fin de elegir al representante, v. gr. los compromisarios que en Norteamérica o en Argentina eligen al Presidente de la República.

2) Cuando asambleas locales, elegidas ya de antemano para una misión gubernativa, v. gr. para regir un municipio o provincia, son llamadas, adventiciamente, a realizar una función electoral, como para las elecciones de Senadores. (Constitución española de 1876, artículo 20.)

Suele aducirse en favor del *voto indirecto* que la elección primaria, la de los compromisarios, depura el cuerpo electoral. ¡Vana ilusión! Los compromisarios, con su designación, reciben con frecuencia, por no decir siempre, *mandato imperativo.* En Norteamérica (lo mismo que en Méjico o en la Argentina), antes de que los compromisarios se reúnan en Washington, se sabe quién va a ser elegido.

VOTO PÚBLICO Y SECRETO. — Quedan definidos en su misma denominación.

Stuart Mill fué el propugnador del voto público; pero las legislaciones que, a los principios, lo aceptaron, han ido abandonándolo poco a poco, y hoy la cuestión está definitivamente resuelta a favor del voto secreto.

Se apoyaba Stuart Mill en la idea de que el derecho electoral es un derecho concedido, no en interés privado del elector, sino que tiene carácter público, y, por lo tanto, debe estar sujeto a la crítica, lo que sólo se puede obtener con la publicidad. Pero esa consideración, y otras similares, deben ceder ante la suprema necesidad de conservar la independencia y libertad del voto, libertad incompatible con la publicidad. Observa muy bien, a este propósito, Villey, que siempre que el poder ha querido hacerse dueño de las elecciones, ha suprimido o alterado el secreto del voto.[1]

---

1 Y trae en confirmación el hecho del acuerdo que Robespierre hizo tomar al Consejo general del municipio de París... "Que la publicidad es la salvaguardia del pueblo, decreta que las secciones ordenen a sus electores que hagan su elección en alta voz y por llamamiento personal" (VILLEY: *Législation comparée,* p. 1.ª, c. III).

Con el *voto público* guarda algún parentesco la representación por *aclamación* de que nos habla C. Schmitt,[1] en la que nos presenta al pueblo reunido como aclamante. Como tal, se nos manifiesta con dos caracteres: presencia y publicidad. La primera supone su identidad inmediata: es él mismo el que actúa, directa e inmediatamente, frente a aquel que ha de recibir sus manifestaciones, y, en este sentido, se opone a cualquiera forma de actividad representativa. La segunda alude a su actuación manifiesta, a la vista de todos, por contraposición al carácter secreto de las votaciones en que expresa sus juicios el cuerpo electoral. Así cumple el pueblo su función característica de aprobar o rehusar con sus gritos, con su silencio o murmullos.[2]

8. Capacidad electoral. — En el supuesto de un sistema liberal representativo, todo ciudadano, adornado de las cualidades normales ordinarias para intervenir en la vida pública, disfruta, además, de capacidad electoral:

1) Si reúne ciertas condiciones generales que marca la ley, y, 2) si no está excluído, expresamente, del ejercicio del derecho, o por carencia de determinadas prerrogativas, o por tacha legal, o por indignidad o incompatibilidad, etc.

En este supuesto, para ser elector en un Estado se requiere, ante todo, ser ciudadano del mismo, tener la edad suficiente para el ejercicio de los derechos, en general y, como prerrequisito formal, el de la residencia e inscripción previa en el registro o censo electoral.

Debe, sin embargo, advertirse, que, aun en estos casos, existe una diferencia fundamental entre la capacidad general del ciudadano y la capacidad electoral. Porque, en los demás derechos, sobre todo los reconocidos como naturales, la ausencia de las condiciones necesarias para su ejercicio no priva del derecho, que perdura y se puede ejercer por otra persona; mientras que en el derecho electoral, la falta de condiciones para ejercitarlo, priva del derecho mismo.

La exigencia de la ciudadanía es evidentemente justa y no requiere justificación de ninguna clase. Hay que anotar, sin embargo, la excepción de la U.R.S.S. que en el art. 136 de su Constitución (1936) afirma: "Todo ciudadano tiene el derecho de elegir y de ser elegido inde-

---

1 *Teoría de la Constitución*, pár. 18.
2 S. AGESTA: Op. cit., pp. 452 y ss.

pendientemente de la raza o de la nacionalidad a que pertenece, de su fe religiosa, de su grado de cultura, de su residencia, de su origen social, su situación patrimonial, y de su actuación pasada."

La edad, por punto general, exigida es la mayoría de edad común o civil que, ordinariamente, se fija a los 21 años. Pues se presume que quien es apto para gobernarse a sí mismo y gobernar sus intereses, lo es también para emitir su voto.

A pesar de esta tendencia general, es menester consultar cada legislación. Son varias las naciones que han rebajado la edad electoral a los 18 años. "Todos los ciudadanos de la U.R.S.S. que, en la época de las elecciones, han cumplido 18 años tienen derecho a participar en las elecciones de Diputados y de ser elegidos" (art. 135 de la Constitución de 1936). Así también Argentina, Turquía, etc. Méjico concede el mismo derecho a los ciudadanos *casados* que hayan llegado a esa edad. Pocas son las Constituciones que mantienen los 25 años que se requerían a los principios. También ha desaparecido la costumbre de establecer distintas edades en atención a las distintas situaciones culturales de los ciudadanos y aun la diversidad del sexo. La Ley italiana del sufragio universal (30 julio 1912) retrasaba, hasta los 30 años, la edad electoral de los analfabetos, y la ley inglesa de 1918 concedió votos a las mujeres que hubieran cumplido 30 años.

Por nuestra parte, no creemos que al buen desempeño de la misión electoral contribuya nada el rebajar la edad señalada para la edad civil. Tales elementos excesivamente juveniles, no aleccionados aún por la experiencia, tan indispensable en la vida política, ni suficientemente formados, intelectual ni moralmente, llevarían a los comicios antes la perturbación que la reflexión y madurez que los asuntos públicos reclaman.

Al contrario, nos parecen muy atendibles las razones que aconsejan más bien retrasar un poco la mayoría de edad electoral, con relación a la civil: 1.º) Como medio de educación política; 2.º) Porque la urgencia, por todos reconocida, para que vaya, en algunos casos, a manos del menor de edad, la gerencia de sus negocios propios, no existe para los públicos; 3.º) Probablemente, la buena marcha de los asuntos públicos ganaría con la ausencia de la primera juventud, harto propensa a novedades irreflexivas y dañosas.

La exigencia formal de la previa inscripción del elector en el padrón electoral, obedece a la necesidad de asegurar el orden y la autenticidad del derecho del elector.

Descartadas estas condiciones generales, que puede decirse que en nada menguan la universalidad del sufragio, durante mucho tiempo, no pocos ciudadanos han sido excluídos del pa-

drón electoral por razón de sexo y por deficiencias económicas o culturales.[1]

CENSO. — Llámase *censo,* en la terminología electoral, el requisito de poseer alguna propiedad, algún bien económico, para el disfrute del sufragio político.

"El criterio del censo tiene a su favor una razón histórica que le da una base jurídica cierta. Porque, en el régimen económico de los siglos pasados, como la función esencial de la Asamblea representativa se reducía a la concesión de los recursos necesarios para cubrir las necesidades económicas del Estado, era natural que el criterio de las elecciones se fundase principalmente en el orden patrimonial."[2]

Es lo cierto que, inaugurado el régimen constitucional, casi todas las naciones mantuvieron, al principio, el criterio del censo y exigían la posesión de bienes económicos para disfrutar del derecho del sufragio.

Como nota curiosa conviene hacer mención de lo que el prohombre de la Revolución francesa, Boissy d'Anglas, expuso sobre esta materia, en la Convención y recuerda Barthelemy-Duez:[3] "Debemos estar gobernados por los mejores. Los mejores son los más instruídos y los más interesados en el mantenimiento de las leyes. Ahora bien, fuera de casos excepcionales, no encontraréis hombres tales sino entre los que, poseyendo alguna propiedad, se sienten adictos al país que la contiene, a las leyes que la protegen y a la tranquilidad que la conserva y que deben a esa propiedad el bienestar que proporciona ella y la educación que les habilita para discutir, con sagacidad y precisión, las ventajas e inconvenientes de las leyes que fijan la suerte feliz de la patria. En el país gobernado por propietarios, reinará el orden social; aquel que gobiernen los no propietarios, vive en estado de naturaleza".

Bélgica desde su primera Constitución de 1831, estableció el censo y aun lo conservó en la revisión constitucional 1893, en forma de un

---

1 Existen también incapacidades de tipo político. La Constitución republicana italiana niega el voto activo y pasivo, perpetuamente, a los miembros de la Casa de Saboya y sus descendientes; y temporalmente, por cinco años, a los Jefes responsables del régimen fascista. CALAMANDREI: *Commentario sistematico alla costituzione italiana.* (Barberá-Firenze, 1950), vol. 2.º, p. 10.

2 ORLANDO: Op. cit., n. 128; BALLADORE PALLIERI: *Diritto costituzionale,* op. cit. Il Parlamento, p. 163 y ss.

3 Op. cit., p. 293.

voto suplementario concedido al ahorro (vide supra). En la reforma de 1919 desapareció por completo.

Inglaterra conservó este criterio hasta 1918 en su forma peculiar de *franquicias electorales*, a las que hemos aludido en este mismo capítulo: se requería que se poseyese alguna propiedad, al menos ocupándola o habitándola.

El *Imperio alemán* de 1871 estableció el sufragio universal para el Imperio, pero conservó la restricción censatoria en los Estados. La Constitución de Weimar suprimió el censo en la Federación y en los Países.

Italia lo conservó también hasta la reforma de 1912 y *España* lo suprimió con la ley electoral de 1890.

La misma tendencia censatoria se manifestó en casi todos los demás países de Europa y de los EE. UU. americanos. En nuestros días, el sufragio universal e igual la ha expulsado de todos ellos. Tan sólo la nueva Constitución portuguesa conserva algún ligero vestigio censal. Exige la ley para ser elector (para la Asamblea Nacional y del Jefe del Estado) saber leer y escribir. Pero el ciudadano analfabeto puede votar *si paga al Estado* un mínimum de 100 escudos de contribución. Además, son miembros del Consejo municipal los dos contribuyentes más fuertes de impuesto territorial.

Varias son las razones que se aducen para sostener la restricción electoral por causa del censo.[1]

1) La riqueza supone la instrucción o da mayores facilidades para adquirirla y perfeccionarla. Y la mayor cultura habilita para la mejor comprensión y realización del servicio público.

2) Sólo la posesión de alguna riqueza da la independencia necesaria para usar con libertad el voto; y sólo los que tienen intereses materiales que defender dentro del Estado pueden sentir la responsabilidad del buen gobierno y procurarlo con el recto ejercicio del sufragio.

Sin duda, estas razones justifican algunas exclusiones, aunque mínimas; p. ej., las de aquellos que, por su situación económica, excepcionalmente precaria, más o menos voluntariamente procurada, no son dueños de su libre actividad ciudadana; mientras, al contrario, son materia abonada para el soborno, la corrupción electoral y aun para toda clase de perturbaciones

---

1 Algunos pequeños residuos — insignificantes — de limitación censatoria, pero sin *espíritu censatorio*, recoge LAFERRIÈRE: Op. cit., p. 462. Nota.

sociales. Así se explica la exclusión del registro electoral de los mendigos, los vagabundos y asilados.

LA INSTRUCCIÓN. — La exigencia de alguna instrucción (criterio de cultura o de capacidad lo llaman algunos) ha seguido, más o menos, la misma suerte que el criterio del censo, en cuanto a su fundamentación y en cuanto a la cabida que ha tenido en las legislaciones modernas. El grado mínimo de instrucción que los partidarios de este criterio exigen para ser elector es que sepa leer y escribir.

El saber leer y escribir, arguyen, es requisito indispensable para todo elector; no sólo para que no sea engañado en la papeleta en que vota (inconveniente que pudiera obviarse admitiendo el voto oral o por procurador o por signos y emblemas), sino, ante todo, para que sobre los candidatos, sobre el alcance y valor de las cuestiones públicas, posea el elector aquellos conocimientos rudimentarios necesarios para que el voto sea libre y consciente.

Oponen algunos a esa consideración la idea de que, para los fines de una votación, más que una instrucción desarrollada, se requiere buen juicio y moralidad. "Conocemos aun hoy día campesinos que no saben leer ni escribir, pero que están dotados de un excelente juicio y que llevan a maravilla sus asuntos".[1]

Apreciamos en lo que vale la fuerza de esta objeción. A pesar de ella, seguimos creyendo que la exigencia de una mínima instrucción para la capacidad electoral es justa y conveniente, como medio necesario, en la mayor parte de los casos, para poseer el grado ínfimo de cultura; puesto que ha de hacer racional y consciente el ejercicio del sufragio. El analfabetismo, por otra parte, puede y debe desterrarse de todas las naciones civilizadas.

Históricamente, ya en la Convención francesa, el criterio de la instrucción encontró un defensor en él mismo Boissy d'Anglas: "Después de la invención de la imprenta, la facultad de saber leer y escribir debe apreciarse como un sexto sentido, cuyo desarrollo es el que verdaderamente hace hombres, y, por lo mismo, ciudadanos".[2]

Se ha mantenido también, desde el principio, en todas las legislaciones europeas y americanas, de las que últimamente ha sido expulsado por el sufragio universal. Italia lo mantuvo hasta 1912; Bélgica hasta 1921 con el voto complementario universitario; y actualmente

1 VILLEY: Op. cit., p. 1.ª, c. IV.
2 Citado por BARTHELEMY-DUEZ: Loc. cit.

lo mantiene Portugal para las elecciones del Jefe del Estado y de la Asamblea Nacional.

EL SEXO. — La condición de varón ha sido, hasta nuestros días, requisito indispensable para el derecho electoral. Obstáculo que ha desaparecido de casi todas las naciones. Del *voto femenino* hablaremos en el capítulo siguiente.

9. Exclusiones por indignidad.[1] — La mayor parte de las legislaciones excluyen del registro electoral a aquellos ciudadanos que por sus hechos reprobables, por sentencia de tribunales o por su mala reputación se les juzga *indignos* de intervenir en las funciones públicas. En lo que no hay concordia es en la determinación concreta de la gravedad y calidad de los delitos o hechos deshonorables que producen la indignidad. De ahí la necesidad de consultar, en particular, las legislaciones.

Ordinariamente son excluídos de las urnas por indignidad:

1) Los condenados por sentencia firme a penas graves.

2) Los deudores insolventes y quebrados, no rehabilitados legalmente.

3) Los dedicados a profesiones deshonorables, como sostenedores y protectores, por cualquier concepto, de casas públicas o juegos ilícitos.

4) Los destituídos de la tutela y privados de la patria potestad sobre sus hijos.

5) Los tachados, públicamente, de mala reputación, etc.

Exclusiones que no es necesario justificar.

Dentro de este capítulo de la indignidad, deberían incluirse otros casos, no tan frecuentemente señalados por las legislaciones. Como tales deberían considerarse las sectas o idearios que, por su internacionalismo apátrida, por manejos revolucionarios y antisociales, socavan los fundamentos de la vida y orden social y son un peligro constante de la paz y de la vida civilizada de las naciones. A estos principios de vida y seguridad social responden las medidas de exclusión que se toman, en algunas naciones, contra el comunismo y la masonería.

No son, en cambio, justificables aquellas exclusiones que se fundan *meramente* en la raza, como la privación del sufragio con que se castiga a los de raza negra, en algunos Estados del Sur, en Norteamérica.

Quedan, finalmente, *algunas exclusiones por incapacidad*, como las

---

1 J. LAFERRIÈRE: Op. cit., pp. 487 y ss.

que producen la enajenación mental; y de incompatibilidad de los dedicados a ciertas profesiones, como, en algunos países, a los militares en activo, clérigos, jueces, notarios, etc. A los unos (como a los que están bajo las armas), porque se supone que carecen de la libertad necesaria para el uso digno del derecho; a otros, para librarles de ciertos obstáculos sociales que la manifestación de su voluntad electoral podría oponer al decoroso ejercicio de sus funciones; o para que no pueda decirse que abusan de su profesión para violentar voluntades o hacer prosélitos. Cuestión delicada que se ha de resolver teniendo en cuenta circunstancias de lugar y tiempo.

CAPÍTULO QUINTO

SUMARIO: 1. El censo electoral. Su formación. — 2. Las candidaturas. Su presentación. — 3. Mesas electorales. Procedimientos para su formación. — 4. El voto. Garantías para su libre emisión. — 5. Escrutinio. Variedad de procedimientos. Sanción penal.[1]

1. El censo electoral. Su formación. — El censo electoral es el registro electoral; es decir, las listas autorizadas en que aparecen inscriptos los ciudadanos que tienen derecho a votar. Aunque la inscripción en el libro del censo no da el derecho a votar, es, sin embargo, el documento oficial justificante del mismo y de la capacidad electoral de los ciudadanos. De aquí la grandísima importancia que, para la buena marcha de las operaciones electorales, tiene la formación del censo.

El censo electoral ¿debe ser permanente, o debe crearse para cada elección? Este último sistema seguía, por ejemplo, la legislación alemana del Imperio. Las listas electorales, para las elecciones del Reichstag, se formaban un mes antes de la elección, por las autoridades locales en cada municipio. Terminadas, se exponían al público durante ocho días, en los que el elector, o cualquiera otra persona, tenía derecho a pedir la rectificación de las listas a la autoridad local o a la Comisión delegada a este fin. La competencia para la resolución de las reclamaciones era muy varia en los diferentes Estados. A los 22 días de la publicación debían ya estar redactadas las listas definitivas.[2]

---

1 EUGENE PIERRE: *Traité de Droit politique électoral et parlamentaire*, n. 133; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., nn. 394 y ss. (parte segunda, título I, c. III, sec. 1.ª); R. DE LA GRASSERIE: *Sistemes électoraux*, 2.ª parte, c. VIII. París; E. VILLEY: *Législation électoral comparée*, p. 3.ª Pedone-París; JEAN MOMMAERT: *Commentaire de la loi sur le représentation proportionnelle;* M. PRELOT: *Précis de Droit constitutionnel*, nn. 262 y ss. (Dalloz-París, 1950).

2 LABAND: *Droit public de l'Empire allemand*, t. I, c. V, sec. 3.ª

Pero el sistema aceptado por la mayor parte de las legislaciones es el de las listas permanentes de rectificación y aun renovación periódica. Así, nuestro censo electoral, según la ley electoral de 8 de agosto de 1907, se rectificaba todos los años en el mes de enero y debía renovarse totalmente cada diez años. Imponíase también una revisión anual en la legislación holandesa, en la belga, etc.

DIVERSOS SISTEMAS PARA SU FORMACIÓN. —Ahora bien, toda prudente legislación electoral ha de encomendar la formación del censo a organismos que inspiren plena confianza moral y técnica; ha de ofrecer a los electores medios fáciles y eficaces para hacer valer sus derechos de inscripción o reclamación; ha de dejar, finalmente, la resolución de las dudas y reclamaciones a la suprema decisión de un juez independiente, libre, sobre todo, de las influencias y vaivenes de la política partidista.

Con mucha frecuencia se suele encomendar la formación del censo a la autoridad local gubernativa. Y, a la verdad, ninguna más apta para conocer las cualidades de residencia, condición civil de los ciudadanos que habitan en el municipio, y, por lo tanto, para fallar sobre su capacidad electoral. Pero como esas autoridades locales suelen estar, por desgracia, sometidas a la malsana influencia de las luchas en que han nacido y viven, y suelen ser tanto más vivas y apasionadas cuanto más locales, creemos que no son las más adecuadas para una labor que debe estar inspirada por una rectitud e imparcialidad inflexibles. Por eso, es prudente y aun necesario acudir a otros procedimientos.

Algunas legislaciones, como nuestra ley electoral de agosto de 1907, encomendaban la formación y revisión del censo a instituciones de carácter técnico, ajenas a la política, y libres, en cuanto cabe, de ingerencias gubernativas. Tal era el Instituto Geográfico y Estadístico en España.

Otras confían esta misión a las autoridades judiciales; ya totalmente en la formación y fijación definitiva de las listas, ya, al menos, en apelación, en cuanto que todas las reclamaciones, dudas y protestas contra las listas, formuladas primero ante los organismos locales, las resuelven definitivamente los jueces. Sistema muy aceptable, pero allí sólo donde la independencia del poder judicial sea un hecho.

No faltan, tampoco, otros procedimientos particulares.

En *Inglaterra* forman las listas electorales los funcionarios llamados inspectores de pobres, en cada parroquia y en primera instancia. Los electores tienen derecho a reclamar contra su exclusión de las listas o contra la inclusión de los que no tienen derecho a votar. Las demandas y quejas se resuelven por el abogado inspector, es decir, un abogado en ejercicio de su profesión durante siete años, y nombrado por el Juez más antiguo en la jurisdicción que comprenda la circunscripción de que se trata, y pagado por el Estado. Tiene este abogado la misión de revisar las listas, borrando los nombres indebidamente inscriptos e incluyendo los injustamente excluídos; y ello, ya a instancia de parte, ya de oficio. Sus decisiones son inapelables de hecho; en derecho, cabe recurso al Alto Tribunal del Banco del Rey.[1]

En *Bélgica* se erigen las listas en cada municipio y por orden alfabético; y, todos los años, desde el 1 de julio al 31 de agosto, se procede a su revisión, que se encarga al Tribunal formado por el Burgomaestre y dos escavinos. Debe incluirse en la lista a todo ciudadano que desde un año, al menos, resida en el municipio y reúna las condiciones legales de elector. Las listas fijadas provisionalmente el día 31 de agosto, se someten a la ratificación del Juez de paz, en presencia del Burgomaestre o su delegado. Todo ciudadano, incluído o excluído indebidamente, puede reclamar; en primer lugar, ante el Tribunal del Burgomaestre y escavinos; y, si no es atendida su reclamación, ante el Tribunal de apelación correspondiente. Tres miembros de este Tribunal, además del Ministerio público, y sin que sea necesaria la presencia de abogados, juzgan y resuelven ante el Procurador general.[2]

En *Francia* las listas son también permanentes. Su revisión está encomendada en cada municipio a la *Comisión administrativa de revisión de las listas electorales*. Está compuesta por el alcalde-presidente, un delegado de la Administración designado por el prefecto y por un delegado elegido por el Consejo municipal. Del 1 al 10 de enero ha de hacer en las listas los cambios de inclusión o exclusión que crea deban hacerse en justicia. Para el 15 del mismo mes, debe publicarse la lista corregida y otra en que consten sólo las mudanzas efectuadas. El día 15 de enero termina su misión la Comisión administrativa y entra en su lugar la *Comisión municipal de revisión del censo*, formada por la Comisión administrativa, más dos adjuntos delegados del Consejo municipal. Durante el plazo de veinte días tiene que tramitar todas las reclamaciones sobre inclusión, omisión o exclusión llevadas a cabo por la Comisión administrativa; todo elector tiene derecho a hacer reclamaciones; en cambio, la Comisión no puede proceder de

---

1 LOWEL: *Le gouvernement de l'Anglaterre*, t. I, parte 1.ª, c. IX.
2 FLANDIN: *Institutions politiques de l'Europe*, t. I, Belgique, III.

oficio. Las decisiones de la Comisión municipal se comunican a las partes interesadas, que pueden interponer recurso contra ellas ante el juez de paz. La decisión del juez de paz es de última instancia, contra la que no cabe otro recurso que el de casación. Téngase presente que el juez de paz es, en Francia, magistrado amovible, y, en muchos sentidos, dependiente; por lo que no ofrece las garantías necesarias para cumplir con independencia su misión electoral. Para el 31 de marzo se publica la lista definitiva que ha de regir todo aquel año.[1]

2. Las candidaturas. Su presentación.— Candidato es el aspirante a ser elegido representante; es decir, el ciudadano que, teniendo las condiciones de elegibilidad que marca la ley, requiere los votos de los electores para obtener la investidura de representante.

Las leyes suelen rodear la presentación de candidatos de ciertos requisitos que, sin impedir la libertad de los ciudadanos para optar al cargo, aseguren, al mismo tiempo, el orden, la verdad y seriedad de los trámites indispensables. Tienden, pues, esos requisitos, por una parte, a eliminar candidaturas inútiles por falta absoluta de probabilidades de éxito o propósitos antisociales y antipatrióticos; y a ofrecer, por otra, garantías de seguridad y verdad con la determinación de sitio, tiempo y forma de la presentación.

Así, *Inglaterra* exige el depósito de una caución de 150 libras. Si el candidato no reúne una octava parte de los votos emitidos en el distrito, pierde la caución que va a engrosar los caudales del Estado. De manera similar, pudiera aducirse un precepto constitucional portugués que prohibe la candidatura de los que ostenten opiniones contrarias a la independencia patria o inciten a subvertir violentamente el orden político o social.[2]

Sin embargo, en algunos países, como Rusia, no existe esa libertad para la presentación de candidaturas. "El derecho a presentar candidatos, dice el art. 141 de la Constitución rusa, está asegurado a las organizaciones sociales y a las asociaciones de trabajadores: a la

---

1 E. PIERRE: *Traité de Droit politique électorale et parlamentaire*, n. 133; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 394 (p. 2.ª, tít. 1.º, c. III, sec. 1.ª); J. LAFERRIÈRE: Op. cit., pp. 497 y ss.

2 "La Asamblea nacional puede retirar el mandato a los Diputados que emitan opiniones contrarias a la existencia de Portugal como Estado independiente, o que inciten, de cualquier forma, a la subversión violenta del orden político o social." Art. 89, 2.º

organización del partido comunista, a los sindicatos, a las cooperativas, a las organizaciones de la juventud y a las sociedades culturales." Todos estos organismos están dominados por el partido comunista. Y lo mismo puede decirse de los Estados satélites de Rusia.

En resumen, todo ciudadano que reúna las condiciones legales de elegibilidad, puede presentarse como candidato. Pero las legislaciones exigen para la presentación de candidaturas y candidatos, además de las condiciones generales de elegibilidad, ciertas formalidades que se refieren, principalmente, al tiempo y forma de la presentación, al sitio y autoridad ante la cual se hace la declaración, y a las personas que en ella intervienen. En cuanto al tiempo, es menester hacer la declaración de aspirar a presentarse como candidato, días antes del designado para las elecciones.

Y no basta que esa declaración la hagan ellos mismos, sino que se requiere que la presentación se haga por determinado número de electores de la circunscripción que actúan como padrinos, o por personas que estén o hayan estado antes investidas de cargo de elección popular en aquel distrito o región. Las legislaciones ostentan gran variedad de procedimientos; si bien la finalidad de todos ellos es poner orden, acumular garantías de verdad y seguridad y evitar las complicaciones de candidaturas inútiles.

¿En qué razones se funda la exigencia de estas formalidades? Por de pronto tiene la ventaja, como ocurre en algunos países, de que, en el caso de que no se presenten más candidatos que los representantes que hay que elegir, la misma presentación, sin contrincante que se oponga, se trueca en elección, con ahorro de tiempo, dinero y molestias de todo género.

Sirve al mismo tiempo para eliminar candidaturas múltiples e inútiles, que harían perder en el vacío muchos sufragios.

En la representación proporcional y escrutinio por lista, es indispensable la previa declaración de las candidaturas para conocerlas, ordenarlas, imprimirlas, como se hace de ordinario por el Gobierno, con provecho indudable del secreto y seguridad del voto.

Finalmente, la previa publicación de las candidaturas prepara una elección libre y consciente y evita las fraudulentas y de sorpresa. "Los candidatos serán conocidos; sus promesas, sus aspiraciones políticas podrán, desde entonces, dicutirse en público, en la prensa y reuniones electorales. Y sólo así podrán emitir su voto los electores con pleno conocimiento de causa, después de previo examen de los títulos que presentan los

candidatos y de la discusión de sus tendencias políticas, sociales y económicas."[1]

3. Mesas electorales. Procedimientos para su formación. — La Mesa electoral es el tribunal auténtico y oficial ante el cual emiten su voto los electores. Por consiguiente, las Mesas electorales están constituídas por las personas que, por ley, en las condiciones que ésta señala, tienen la misión de recibir los sufragios de los electores, compulsarlos y adjudicarlos a las listas o candidatos por los cuales se emiten.

La primera cualidad que han de tener los que componen la Mesa, es una rectitud e imparcialidad inquebrantable; y han de estar dotados, además, de aquella experiencia en el manejo de esta clase de asuntos, que dé al elector que se acerque a votar la plena confianza de que será libre en la emisión de su voto, que se tomará cuenta de él, sin que sea objeto de escamoteo ni suplantación. Pero ¿qué criterio ha de seguir la ley en la designación de las Mesas?

La legislación, en este punto, es muy varia y pueden agruparse los sistemas de esta manera: 1.º) legislaciones que otorgan en la formación de las Mesas única o preponderante intervención a los magistrados del orden judicial, si es posible inamovibles; 2.º) legislaciones que componen las Mesas electorales con autoridades o consejeros municipales o funcionarios locales; 3.º) legislaciones que señalan para presidir las Mesas a los mismos electores del distrito, bien señalados por suerte entre los presentes o entre todos los que forman el censo, bien designados por la autoridad local, bien por elección.

Particular importancia tiene la designación de Presidente de la Mesa. Porque es, y debe ser, la autoridad única y absoluta que ha de actuar en el lugar donde se verifican las elecciones, mientras éstas duren. De aquí la preferencia que para nosotros tiene el sistema que señala para la presidencia de las Mesas a magistrados judiciales, con tal que su independencia e inamovilidad sean una realidad y no una cualidad literaria que se les asigna en las leyes, sin eficacia práctica. La intervención de los alcaldes y concejales, y, en general, de funcionarios o autoridades en cuya elección han influído las luchas y partidos políticos, suele ser sospechosa de parcialidad.

La suerte no pasa de la categoría de lo que es, y sólo como sistema supletorio y de mal menor puede, y, a veces, debe aceptarse; pero no

---

1 JEAN MOMMAERT: *Commentaire de la loi sur la représentation proportionelle*, citado por Flandin, p. 220.

entre los electores presentes al comenzar la elección, sino entre los ciudadanos que integran el censo electoral.

Es costumbre plausible, generalmente admitida, aquella por la que se otorga representación en las Mesas electorales, a los mismos candidatos en lucha, que, por medio de sus interventores o apoderados, asisten oficialmente a todos los trámites de la elección. Esta mutua fiscalización es bastante eficaz para evitar, si no todos, al menos gran parte de los atropellos, fraudes, coacciones, suplantaciones, etc.

4. El voto. Garantías para su libre emisión. — En la discusión sobre la preferencia entre el voto público y el voto secreto, hace tiempo que las naciones fallaron en favor del voto secreto, como condición indispensable para garantizar la libertad del votante. Inglaterra y Dinamarca fueron las que por más tiempo permanecieron fieles al voto público: Inglaterra hasta 1870 y Dinamarca hasta 1901 (ley de 1 de febrero). En esas fechas, abandonando el voto público, impusieron el voto secreto.

De aquí la conveniencia, y aun la necesidad, dentro de la sencillez y simplicidad posibles, de medidas encaminadas a conservar el secreto del voto; medidas que varían según los tiempos y circunstancias y que obligan al estudioso a consultar el procedimiento adoptado por cada país.

Costumbre bastante generalizada ha sido la de votar por papeletas plegadas, en las que va impreso el nombre o nombres de los candidatos por los que se vota. El elector las introduce plegadas en la urna dispuesta para ello, o las entrega al Presidente de la Mesa, para que él las introduzca. Pero esas papeletas, preparadas por los candidatos, aunque tengan la misma medida y color, fácilmente pueden llevar algún detalle, insignificante en sí, pero suficiente para delatar el nombre que ocultan en sus pliegues. Tanto más si el elector recibe la papeleta del apoderado del candidato y, acompañado y vigilado por éste, entra en el colegio. El secreto ya no existe.

De ahí los nuevos procedimientos para facilitar la emisión del sufragio, para asegurar el secreto, y para evitar, en lo posible, los fraudes. A eso tienden la papeleta australiana, el cuarto aislador y el uso de sobres.

1) Llámase papeleta *australiana* por haberse propuesto y utilizado, por primera vez, en aquella colonia inglesa. Las prepara el Estado o la Administración; han de ser enteramente iguales, y, en tiempo

oportuno, unos días antes de la elección, se envían a cada sección o colegio, según el número de electores inscriptos allí. En las papeletas van impresos los nombres de todos los candidatos de cada colegio, y llevan al lado o encima, si forman lista, un pequeño espacio o circulito en blanco. El elector, en el momento de entrar a votar, recibe de manos del Presidente una de esas papeletas, y ennegrece con lápiz el espacio en blanco, encima de la lista o al lado del candidato por el que vota.

2) *El cuarto aislador.* En el local en donde se verifican las elecciones, se preparan uno o varios cuartos aisladores. El elector, al recibir la papeleta de manos del Presidente, se retira a uno de esos cuartos; y allí, sin testigos y a solas, ennegrece los espacios blancos que quiera. Doblada la papeleta, sale del cuarto y se la entrega al Presidente, para que la deposite en la urna.

3) El procedimiento *de los sobres* deja la preparación de las papeletas a los candidatos o electores, si bien puede imponer algunos requisitos sobre su tamaño, color, etc. Pero, en cambio, la Administración del Estado prepara unos sobres, exactamente iguales para cada colegio o sección, marcados con sellos u otras señales que hagan imposible o muy difícil la sustitución. Al entrar el elector, recibe del Presidente de la Mesa un sobre; se retira al cuarto aislador, incluye la papeleta en el sobre y la entrega al Presidente para su inclusión en la urna.

En la aceptación o combinación o modificación de estos elementos se fundan muchos sistemas positivos.

Los días señalados para que se verifiquen las elecciones suelen ser los domingos; deben terminar antes de la noche; la razón es evidente.

Los locales en que las elecciones se verifican deben tener todas aquellas condiciones de desahogo, proximidad y fácil acceso que reclaman al mismo tiempo el orden, la libertad y la comodidad de todos. Esto supuesto, la realización práctica puede variar mucho, según tiempos y circunstancias.

Las urnas en España suelen ser de cristal. Pero en otras naciones suelen ser de metal o de otra materia opaca. Por eso suelen examinarla los interesados antes de la elección, y van provistas de doble cerradura, una de cuyas llaves guarda el Presidente, y otra uno de los vocales o testigos.

5. Escrutinio. Variedad de procedimientos. — El escrutinio abarca las operaciones siguientes: recuento de los votos emitidos; su clasificación; adjudicación de los mismos al candidato o lista correspondiente; publicación del resultado y proclamación de los elegidos.

Prácticamente, estas operaciones son importantísimas, pues-

to que de ellas depende el que se conozca o no la voluntad de los electores. De aquí el sinnúmero de precauciones que, no en balde, se toman para evitar fraudes. Los detalles son variadísimos y han de estudiarse en las legislaciones respectivas.

Los sistemas seguidos pueden reducirse a tres: 1) Las mismas Mesas electorales constituídas para la elección, una vez terminada ésta, se truecan en Mesas escrutadoras. 2) Las Mesas electorales, terminada la elección, y levantada acta de sus operaciones, dejan la labor del recuento y clasificación de los votos a otro Tribunal de escrutinio. 3) Se encomienda el escrutinio parcial de las secciones a las Mesas electorales, y el escrutinio general de la circunscripción o distrito, con la suma total de los votos y proclamación provisional de los candidatos, a otro Tribunal que no haya tomado parte en las operaciones de la elección. Establécese, finalmente, otro Tribunal de apelación que resuelva en última instancia (fuera de la decisión suprema que corresponde a los mismos cuerpos legislativos) las protestas y reclamaciones.

No comprendemos bien la necesidad de las ventajas de un nuevo Tribunal, distinto de las Mesas electorales de cada sección, para el escrutinio de las elecciones que se verifican en las mismas; porque en esas mismas Mesas pueden reunirse todas las garantías suficientes para impedir el escamoteo y falsificaciones de las papeletas, con lo cual siempre se ganaría en celeridad y sencillez. Garantía muy eficaz suele ser también la presencia e intervención en las operaciones del escrutinio de los representantes de los candidatos y listas que luchan entre sí, como eran en España los interventores y apoderados con la facultad de requerir, cuando lo juzguen conveniente, el auxilio de las autoridades judiciales y notarios.

6. Sanción penal. — El capítulo de los fraudes electorales y su debida y eficaz sanción es el complemento indispensable de la organización del sufragio. Cierto que la perversidad nativa humana es el origen de los delitos e infracciones en todas las esferas; pero no hay duda de que, en materia electoral, hay una mayor facilidad y mucho menor escrúpulo en delinquir, dejándonos arrastrar por las sugestiones de la pasión política. Porque la mayor parte de los ciudadanos no comprenden ni sienten la malicia y gravedad de estas faltas y delitos, como comprenden y sienten la de los delitos comunes. Es deplorabilísimo, en este

punto, el ejemplo corruptor de los de arriba, de los partidos y de sus jefes; lejos de reprimir y castigar implacablemente los desafueros electorales, los juzgan según sus conveniencias particulares, cuando no los animan y fomentan con el encubrimiento, impunidad y aun el premio.

Los fraudes electorales pueden comenzar en la formación misma del censo y continuar en todos los trámites de las operaciones electorales, hasta el escrutinio definitivo y la proclamación de los representantes.

Las penas suelen ser muy varias, como la anulación de las elecciones, pérdida de derechos, multas, prisión, etc.

Las leyes suelen distinguir los delitos y faltas cometidos por los funcionarios públicos encargados por la ley para intervenir en el recto funcionamiento de la máquina electoral, y los cometidos por las personas particulares. No hay duda de que en los delitos cometidos por los primeros hay mucha más gravedad que en los cometidos por los segundos; y que la sanción, por lo mismo, debe ser más severa. Así la coacción ejercida por una autoridad gubernativa, forzando a sus subordinados a que voten en determinado sentido; o su connivencia en la realización de manejos fraudulentos, fomentándolos y alentándolos con una impunidad prometida, pero por desgracia muy eficaz, deben ser castigados con más rigor que los fraudes, suplantaciones y coacciones realizadas aisladamente por algunos particulares, a no ser que en éstos existan también circunstancias excepcionales de gravedad. Sería prolijo y poco provechoso un catálogo de los delitos y faltas que se pueden cometer y de las sanciones que pudieran imponerse.

CAPÍTULO SEXTO

SUMARIO: 1. Sufragio universal: noción. — 2. Su difusión en las legislaciones modernas. — 3. Sus fundamentos: crítica. — 4. El sufragio femenino. Notas históricas. — 5. Crítica. Errores y exageraciones. — 6. Adversarios del voto femenino. — 7. Los defensores. — 8. El voto corporativo: noción y fundamento. — 9. Tanteos y propuestas: Portugal - Italia... — 10. Críticas.[1]

1. Sufragio universal: noción. — El sufragio universal, como reza el mismo nombre, y lo indicamos en el capítulo anterior, es el sufragio concedido por igual a todo ciudadano mayor de edad. Y decimos *por igual,* porque de esencia del sufragio universal, tal como lo entienden las escuelas liberales, es que todo ciudadano tenga voto; pero también que ninguno tenga más que uno.

Sin embargo, a pesar de la significación obvia de la palabra *universal* y de la tendencia de la institución, esa universalidad ha sido siempre relativa. Las legislaciones que han admitido el sufragio universal y los autores que la defienden, excluyen, por punto general, a los niños (sin que puedan ser representados por sus padres ni tutores), a los asilados, a los condenados a ciertas penas, a los que ejercen ciertas profesiones y, durante mucho tiempo, a la mujer, cuyo ingreso en los comicios políticos es muy reciente.

Pero, aun dentro de estas atenuaciones, mantiénese todavía vivo el problema del sufragio universal.[2]

---

1 *La République americaine,* t. IV, c. 93; CARL BRENT SWISCHER: *American constitutional dévelopment.* The Riverside Press. Cambridge, 1943; ESMEIN NEZARD: Op. cit., t. I, pp. 387, 403 y ss.; BARTHELEMY: Op. cit., pp. 294, 312 y ss.; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., nn. 152 y ss.; ENRIQUE GIL Y ROBLES: *Tratado de Derecho político,* t. II, l. IV, c. VII; ORBAN: *Le Droit constitutionnel de la Belgique,* t. II, nn. II y ss.; JEAN DAVIN: *Doctrina general del Estado,* nn. 139 y ss.; OLIVEIRA SALAZAR: *El Pensamiento de la revolución nacional,* pp. 87 y ss. Poblet. Buenos Aires, 1938; J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit constitutionnel,* p. 459 y ss.

2 Véase SÁNCHEZ DE TOCA: *El régimen parlamentario y el sufragio universal,* c. V.

2. Su difusión en las legislaciones modernas. — La implantación del sufragio universal en todas las naciones civilizadas, con más o menos atenuaciones, puede decirse que se había logrado a principios del siglo XX.

En los *Estados Unidos de Norteamérica,* la reglamentación del sufragio constitucionalmente estaba reservada a los Estados particulares. En casi todos ellos lo limitaban, a los principios, por razones censatarias o de cultura o de raza y esclavitud.

Sin embargo, en los comienzos de este siglo pudo escribir Bryce[1] que "el sufragio universal, para todo ciudadano mayor de edad, ha sido establecido en casi todos los Estados".

Fueron los Estados del Sur los que mayor y más larga resistencia opusieron a la admisión del sufragio universal para su vida política, a causa de la esclavitud y el predominio numérico de los negros sobre los blancos. Para remover estos obstáculos y llegar a la universalidad e igualdad del sufragio, aprobó el Congreso la Enmienda XV (1870) que disponía que "el derecho de los ciudadanos al voto (y son ciudadanos, según la Enmienda XIV, todos los nacidos o naturalizados en los EE. UU.) no puede ser suprimido ni restringido por razón de raza, color o anterior servidumbre".

A pesar de un precepto constitucional tan rotundo, la población blanca de los Estados del Sur vencidos en la guerra de secesión, se sirvió, y aún se sirve, de medios indirectos eficaces para eludir su cumplimiento y privar a la mayor parte de la población negra de su derecho. No son tan sólo las amenazas y recomendaciones más o menos suaves o encubiertas, sino, principalmente, ingeniosas artimañas electorales frecuentemente practicadas las que alejan a los negros del registro electoral y de las urnas.[2]

En *Alemania* aparece el sufragio universal para las elecciones del Reichstag en la Constitución Imperial de 1871. Precepto confirmado por la Constitución de Weimar (1919), que extendió, además, el derecho electoral a la mujer y lo impuso

---

1 *La République americaine.* Ed. Francesa, 1912. Tomo II, p. 110; W. BENET MUNRO: *The government of the United States,* c. VII. The privilege of voting. (Mac Millan. New-York, 1950.)

2 Véase BRYCE: *La République americaine,* t. IV, c. 93; CARL BRENT SWISCHER: *Americain constitutional dévelopment,* pp. 334 y ss. The. Riverside Press. Cambridge, 1943; W. B. MUNRO: Op. et loc. cit.

a los Países. Se reitera la confirmación en la novísima Constitución de la República alemana Occidental de Bonn (septiembre de 1949).

En *Austria* aún se votaba, según las leyes de 1873 y 1882, por Curias (grupos sociales), a cada una de las cuales se le asignaba un número determinado de representantes: 85 a los grandes terratenientes; 25 a las Cámaras de Comercio e Industria; 118 a las ciudades, mercados y comarcas industriales y 129 a los municipios rurales. La ley de 1896 creó una nueva Curia: *la del sufragio universal,* a la que se asignaron 72 diputados. Después de la primera guerra mundial, Austria, mutilada, admitió el sufragio universal.

Inglaterra, por la reforma electoral de 1918, barrió las *franquicias electorales* y abrió las puertas al sufragio universal igualatorio.

En todos los demás países de Europa domina ya por completo el sufragio universal en las elecciones de las Cámaras populares. En *Suiza* desde la reforma constitucional de 1874; en *Dinamarca* desde 1905; en *Italia* desde el 30 de julio de 1912; en *Finlandia* y *Noruega* desde 1906.

En las *nuevas Constituciones* que se dictaron después de la conflagración mundial de 1914 a 1918, aún se acentuó más la tendencia universalista, y *Polonia* y *Yugoeslavia* y *Checoeslovaquia* (1920 y 1921) lo establecieron en sus leyes fundamentales. Entró por el mismo camino el *Japón,* en 1929.

En cambio, el sufragio universal igualatorio fué expulsado de la Unión Soviética y de los países sometidos a su tutela. El repudio del sufragio universal, y de todo el sistema democrático, estaba clara y rotundamente expresado en las Constituciones de 1918 y 1923, anteriores a la vigente de 1936.[1]

El derecho electoral correspondía tan sólo a los proletarios de la ciudad y del campo. Estaban proscriptos y excluídos de él los burgueses, los que no vivían de su propio trabajo, los antiguos funcionarios y agentes del Gobierno zarista, los eclesiásticos y ministros de cualquier culto. Aun entre los mismos proletarios, se establecía un privilegio electoral en favor de los obreros de la ciudad como más conscientes, cuya representación era mayor que la de los campesinos.

Además, la base sobre la que se levantaba la representación no era

---

1 V. BALLADORE PALLIERI: *Diritto costituzionale* (secondo la nuova costituzione), p. 76 (Milano-Giuffré, 1949).

territorial, sino de grupos proletarios; y se seguía el sistema indirecto y por grados comenzando por los Soviets rurales y urbanos, subiendo por los de distrito, de provincia, de gobiernos hasta llegar al órgano supremo: el Congreso de los Soviets de la U.R.S.S.

El nuevo sistema establecido por la Constitución de 1936 es diverso y, en apariencia, opuesto. Pero, bajo la vestidura de una terminología democrático-liberal, conserva el mismo fondo antidemocrático y de dictadura de clase, de clase proletaria de la que se ha apoderado el partido comunista.

En primer término, forman las circunscripciones territoriales, y no los grupos proletarios, las bases electorales (art. 141). Esto supuesto, y consumado también para aquella fecha el aniquilamiento de las clases burguesas, se implanta el sufragio universal e igual de todos los ciudadanos.

Las elecciones de los diputados se hacen por sufragio universal, dispone el art. 135. Todos los ciudadanos de la U.R.S.S. que, en el año de las elecciones, lleguen a los 18 de edad, tienen el derecho de participar en las elecciones de los diputados y de ser elegidos.

Y aun añade el art. 196: "Las elecciones de los ciudadanos se hacen por sufragio igual: todo ciudadano tiene derecho de elegir y de ser elegido, independientemente de la raza o de la nacionalidad a que pertenezca, de la religión, del grado de instrucción, de su residencia, de su origen social, de su situación económica y de sus actividades en el pasado." Sólo quedan excluídos los dementes y los condenados por los Tribunales a una pena que implique la privación de los derechos electorales.

Pero todo este aparato exterior democrático se viene abajo con lo que preceptúa el art. 141: "El derecho a presentar candidatos está asegurado a las organizaciones sociales y a las organizaciones de los trabajadores: a las organizaciones del Partido Comunista, a los Sindicatos, a las Cooperativas, a las organizaciones de la juventud y a las sociedades culturales." Todas estas organizaciones están dominadas por el partido comunista.

La novísima *Constitución popular de Hungría* (septiembre de 1949) está calcada sobre la soviética de 1936. Es también una república de obreros y trabajadores del campo. Y dedica al derecho electoral el capítulo IX que comienza diciendo que "*los electores* de la República popular de Hungría eligen los diputados con sufragio universal, igual, directo y secreto"; pueden también deponerlos una vez elegidos. El derecho electoral está asegurado a todo ciudadano mayor de edad de la república popular de Hungría; pero la ley priva del derecho de sufragio a los *enemigos del pueblo* y a los dementes.

De manera similar admiten el sufragio universal las nuevas Cons-

tituciones de *Polonia* (febrero 1947) y de *Checoeslovaquia* (junio 1948).

Finalmente, también abandonan el sufragio universal directo e igual, *Portugal* para su Cámara Alta (Constitución de 1933), y *España* para sus Cortes (Leyes de 17 de julio de 1942 y 9 de marzo de 1946).

3. Sus fundamentos: crítica. — El fundamento jurídico del sufragio universal lo encuentran algunos en la concepción rusoniana de la sociedad, de la soberanía, y de la ley.[1]

"Muchas reflexiones podría hacer, decía *Rousseau*[2] sobre el simple derecho de votar en todo acto de soberanía, *derecho que nadie puede quitar a los ciudadanos...*"

Y al expresarse así, lo hacía lógicamente, como también *Montesquieu*, cuando escribía:[3] "Todos los ciudadanos de cada distrito han de tener el derecho de dar su voto en la elección del representante, excepto los que se hallen en situación tan miserable que no se les supone voluntad propia."

Entre los defensores del sufragio universal como derecho natural del hombre hay que citar a J. Maritain. Llama al sufragio universal privilegio que "corresponde a la humana dignidad", y "esclavos políticos" a los que se resignan a vivir en Sociedades que no se rigen por la democracia del sufragio universal.

"Por eso el sufragio universal... tiene un valor político y humano absolutamente fundamental y es uno de los derechos a los cuales no podría renunciar *en ningún caso* una comunidad de hombres libres."[4]

Y, en efecto, si la sociedad no es sino la reunión total de todos los individuos que la componen; si la soberanía está repartida y radica inalienablemente en las voluntades de todos; y si la ley no es más que la expresión de la voluntad general, no hay duda de que, en todo régimen legítimo, debe ser consultada la voluntad de todos.

A esa misma conclusión han de llegar quienes consideran el sufragio como un derecho natural, inherente a la persona humana; error que ya refutamos en el capítulo anterior.

No comparte esa opinión, con otros muchos, el tratadista

---

1 ESMEIN-NEZARD: Op. cit., p. 1.ª, tít. II, c. II, sec. 2.ª
2 *Contrato social:* Lib. IV, c. 1.º
3 *Espíritu de las leyes:* Lib. XI, c. VI.
4 *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (105). Editions de la Maison française, New York, 1942.

y político italiano, Prof. *Orlando*. "Es comprensible, escribe, y no contradice en absoluto a ningún principio de derecho, el que, por *vía de consideraciones políticas*, y sobre la base de un examen positivo del estado de un pueblo, se sostenga la necesidad de admitir al sufragio a todos los ciudadanos que tienen la capacidad jurídica general. Pero la teoría del sufragio universal es falsa y peligrosa, en cuanto sostiene que el derecho electoral es inseparable de la naturaleza humana y debe el Estado concederlo al ciudadano".[1]

Así lo entendemos también nosotros. El sufragio universal, tal como hasta ahora se comprende y se practica en la mayor parte de las naciones, no tiene justificación posible ni jurídica ni filosóficamente; es un derecho injustamente concedido y perjudicial a la sociedad. Así lo comprende nuestra razón al analizar el carácter y alcance del voto concedido a todos, al recoger las lecciones de la experiencia y el testimonio de grandes pensadores y al considerar las derivaciones político-sociales que fatalmente se han de producir.

1. Porque el sufragio, como lo hemos visto, es un derecho-función, con una finalidad precisa, es decir, el procomún de la sociedad, que es la suprema finalidad de todo Gobierno. Y exige, por lo mismo, una capacidad que se funda precisamente en las condiciones indispensables para atender a ese fin. Y resulta contradictorio a su naturaleza y a sus fines peculiares el concederlo a todos los ciudadanos indistinta e igualitariamente. Según los verdaderos principios político-sociales, el sufragio sólo puede otorgarse, en justicia, a los que manifiestan tener aquella independencia de voluntad, aquella mínima instrucción y probidad que implican una elección libre, voluntaria y consciente. Y pensamos que no todos los ciudadanos, por el mero hecho de ser mayores de edad y habitar en un municipio durante algún tiempo, reúnen condiciones para ello. Y muchísimo menos creemos que poseen esas condiciones en el mismo grado.

Por lo tanto, es evidente que el sufragio universal se desvía de la justicia legal por doble título: *a*) por otorgarse a quien no es sujeto capaz de ello; y *b*) por otorgarse por igual, en desiguales circunstancias y capacidades. Las situaciones eco-

---

1 ORLANDO: Op. cit., n. 113.

nómicas ínfimas suprimen la libertad de los que gimen bajo ellas; y la maldad los incapacita para los fines del sufragio; y el analfabetismo los inutiliza para toda designación consciente. Y quedan esas voluntades a merced de la dádiva, del soborno y de la perversidad; y esas inteligencias, incapacitadas para la labor directora de la propaganda, que, de hecho, no las guía racionalmente, sino que ciegamente las arrastra.

2. Testimonios nada sospechosos en esta materia dan fe de esta injusticia inherente al sufragio universal igualatorio. *Duguit* ha dejado escrito que[1] "en la realidad de las cosas, el sistema del sufragio universal, llamado igualatorio, es la violación del verdadero principio de igualdad. Que a todos se conceda alguna participación en el poder público es justo, puesto que todos tienen interés en que los negocios públicos se administren bien, y todos soportan las cargas públicas. Pero que todos tengan una participación igual en el poder público, bajo el pretexto de que todos son miembros del cuerpo social, es un puro sofisma; porque, si bien todos los individuos son miembros del cuerpo social, pero prestan a la sociedad servicios diferentes y tienen capacidad diferente. Por consiguiente, si se quiere respetar el principio de igualdad, se debe conceder a cada uno una participación variable en el poder público, según su capacidad, y según los servicios que es susceptible de prestar y que, de hecho, presta a la sociedad. Claro que esto resultaría menos sencillo que decir: todo ciudadano tiene un voto y nada más que uno; pero resultaría más equitativo y mucho más conforme con la verdad de las cosas".[2]

De aquí la consecuencia inevitable de la supremacía fatal y ciega del mayor número que la inferioridad intelectual y moral han de al-

1 *Manuel de Droit constitutionnel*, p. 1.ª, c. IV, pár. 73. Ed. 1907.

2 Gráficamente expresa la misma idea la anécdota que M. Robert de Mohl pone en labios del notable jurisconsulto norteamericano Story: "Monté un día en un coche para ir a tomar parte en una votación para una reforma constitucional. Mientras caminaba, movido por la curiosidad, pregunté al cochero en qué sentido iba a votar. — Yo, me contestó, votaré en favor de la modificación. — Pues yo, le repliqué, voy a votar en contra; y puesto que nuestros votos se van a anular mutuamente, es inútil que cansemos los caballos y preferible es que volvamos a casa". De esta manera, termina Mohl, el voto del hombre más eminente del país queda anulado por el voto de un semisalvaje, y en frente de uno o pocos Storys, podían encontrarse en los Estados Unidos cocheros a granel.

canzar para sí, ordinariamente, sobre los elementos más depurados de la sociedad por su probidad, competencia y elevación, siempre en minoría. Tiende, pues, el sistema, de por sí, a eliminar la virtud y capacidad de los cargos públicos, por doble vía: 1) Porque la minoria queda fatalmente ahogada por la mayoría. 2) Porque los hombres de más valer, de juicio más equilibrado, de probidad más intachable, han de huir instintivamente de una lucha en la que el procedimiento mismo trae aparejado el aplastamiento injusto y deprimente.

Mucho antes de nuestros tiempos democráticos y constitucionales había atisbado *Mariana* estas consecuencias de sentido común. "En todas las clases del pueblo, escribía, es mayor el número de los malos que el de los buenos; si se divide el poder entre muchos, ¿no será fácil que, en toda deliberación, prevalezca la opinión de los peores sobre la de los más rectos y prudentes? No se pesan los votos, se suman..."[1]

La confirmación contemporánea de esa presunción racional, nos la denuncia un autor de nuestros días. "El sufragio universal ha hecho descender en todas partes el nivel de las asambleas políticas, cuanto a a la educación y al talento...; el sufragio universal, en fin, muestra, cada vez, mayor empeño en escoger para legisladores a los que hacen manifiestamente burla de la autoridad y de la ley, y abre cada día más a la trivialidad y a la violencia las puertas del Parlamento."[2]

Hace ya casi un siglo que *Cánovas del Castillo* señaló, en un discurso pronunciado en el Ateneo Madrileño,[3] el inevitable parentesco del sufragio universal con el comunismo:

"Permitidme deducir de todo esto ahora una consecuencia bien lógica, aunque os parezca a primera vista temeraria; y es que lo que se apoda doctrinarismo, que es, principalmente, el sostener en el sufragio el censo, debe llamarse ciencia real y única de la política, justamente opuesta al grande error del comunismo y a los frágiles sofismas de la democracia individualista. El censo, en el derecho electoral, es hijo legítimo de la propiedad, como el comunismo en todas sus formas es hijo del sufragio universal. La tradición religiosa, todavía no extinta ni mucho menos por fortuna, en los campos principalmente; el desconocimiento de las propias fuerzas; la falta de medios rápidos y seguros de recíproca inteligencia y organización; la nativa indisciplina del gran número y otras tales o semejantes causas, retardan y retardarán, más o menos, que la identidad del sufragio universal y del comunismo se establezca en los hechos; pero, como eso es inevitable, al fin vendrá. El sufragio universal será siempre una farsa, un en-

---

1 *Del Rey y de la Institución real*, c. II.
2 VILLEY: *Législation électorale comparée*, p. 1.ª, c. III.
3 *Discursos en el Ateneo*. Discurso 2.°. Colección de escritores castellanos, p. 96.

gaño a las muchedumbres, llevado a cabo por la malicia o la violencia de los menos, de los privilegiados de la herencia y el capital, con el nombre de clases directoras; o será, en estado libre, y obrando con plena independencia y conciencia, comunismo fatal e irresistible. Escójase, pues, entre la falsificación permanente del sufragio universal o su supresión."[1]

Con alguna sorpresa hemos leído en el folleto títulado "La Democracia", IV: El sufragio universal,[2] el pensamiento del P. *Angel Brucculeri* sobre esta materia. Opina el P. Brucculeri que no merece el sufragio universal el juicio severo que sobre él han lanzado algunos autores, entre los cuales cita al P. Taparelli en su libro "Esame critico degli ordini *rappresentativi*". El sufragio universal, continúa, no es el delincuente *nato* e incorregible de Lombroso; admite correctivos y moderaciones, y puede organizarse en tal guisa que se libere del vicio de origen y se transforme en soldado de la libertad, en propulsor del progreso en el terreno político. Viniendo al punto concreto de su naturaleza, sostiene que no es ni de derecho estrictamente natural, ni de derecho positivo. No es de derecho natural primordial, esencialmente unido a la persona humana, como p. ej. el derecho a la vida y a la alimentación... Pero puede afirmarse que es de derecho natural *relativo* y *condicionado*. No es de una exigencia de la naturaleza desnuda y desposeída de cualquier progreso, de cierta madurez de la conciencia cívica. En resumen, el derecho electoral exige que la naturaleza humana haya alcanzado una cierta perfección, una cierta madurez política, un grado elevado de civilización.

Y cuando la naturaleza humana en un país haya llegado a ese estado de perfección y progreso, reclama, como exigencia propia natural, el derecho electoral extendido a todos. No se trata, pues, de un derecho estrictamente natural, ni estrictamente positivo; sino de un derecho natural relativo y condicionado...

No compartimos esta ingeniosa elucubración del redactor de la "La Civiltá". Ante todo, nos parece un poco imaginaria y utópica esa comunidad política cuya *masa* haya llegado a ese grado de depurada civilización y progreso. Pero, aun supuesto el caso, esa naturaleza así

---

1 No deja de ser interesante la opinión expuesta por Macaulay en carta dirigida a un biógrafo de Jefferson: "Tengo la firme seguridad, dice, de que jamás he escrito una línea, ni pronunciado una palabra, que exprese la opinión de que la autoridad suprema del Estado deba confiarse a la mayoría numérica de los ciudadanos; o, en otros términos, a las clases más pobres e ignorantes de la sociedad; desde hace tiempo abrigo la convicción de que las instituciones completamente democráticas han de destruir, tarde o temprano, ya la libertad, ya la civilización, ya la una y la obra a la vez..." (Citado por GIL Y ROBLES: Op. cit., t. II, l. IV, c. VII).

2 Edizioni "*La Civiltá Cattolica*". Roma, 1946.

dotada no reclama, de por sí, el sufragio universal como derecho. La adquisición o concesión del sufragio universal dependerá, en último término, de la voluntad soberana de la comunidad, que escogerá una u otra forma de organización política y de designación de los gobernantes, con la mira puesta en el bien común y en el buen gobierno. Y pueda ser que la civilización, por ser depurada y selecta precisamente, aconseje una forma de designación de gobernantes, distinta del sufragio universal inorgánico.

En resumen, supuesto el régimen representativo liberal, creemos que se debe conceder el derecho al voto, lo más extensa y equitativamente, a todos los ciudadanos aptos. ¿Pero ha llegado el tiempo, ha de llegar alguna vez, en que estos ciudadanos aptos lo sean todos? Creemos que no. Ni siquiera los más ignorantes están en la disposición, como insinúa Vermeersch,[1] de seguir el consejo de personas ilustradas y dignas de fe. Al contrario, demuestra la experiencia cuán fácilmente se dejan arrastrar por la ola de propagandas utópicas, exageradas y perniciosas.

Que no se olvide tampoco que el triunfo del número, que es el que ha de prevalecer, no es el triunfo de la justicia. Y contra esa realidad, no vale la presunción de que, en asuntos públicos, a falta de unanimidad, el parecer de los más ha de ser el más ajustado a la verdad y a la justicia. Con sufragio universal y las artificiosas manipulaciones electorales, no es la verdadera mayoría la que, con más frecuencia, obtiene el mando y el poder; sino una minoría. Y no la minoría selecta, sino una minoría de la mayoría social, la más iletrada y menos selecta. Pero esto ha de aparecer más claro al hablar de la organización electoral.

A pesar de todo, no ha de ser fácil la supresión y aun la atenuación del sufragio universal. Dos circunstancias se opondrían al intento: 1) el arraigo que en el ambiente moderno y, en especial, en las masas populares ha logrado el mito del sufragio universal; 2) y que la evolución pacífica hacia otro sistema más razonable de representación, habría de hacerse, precisamente, mediante el mismo sufragio universal, que está en las manos de los que se creen más favorecidos por la institución. Sólo de entre las ruinas y a la luz de una catástrofe polí-

1 *Cuestiones acerca de la justicia.* Cuestión 4.ª, c. 5, a. III.

tico-social a que estamos abocados, saldrá la fuerza de reacción suficiente para salvar nuestras inquietas sociedades.

4. El sufragio femenino. Notas históricas.[1] — El movimiento feminista, en cuanto reclama la rehabilitación de la mujer en sus derechos y prerrogativas de persona igual sustancialmente al hombre, se debió a la doctrina de Jesucristo. Doctrina que, desde su aparición en la tierra, no ha cesado de laborar en favor de la mujer, hasta sacarla de la abyección en que la ciencia y la civilización paganas la habían sumido.

No hay duda, por lo tanto, de que la tendencia social favorable a la mujer es, de por sí y por su origen, sana, justa y laudable. Puede, sin embargo, exagerarse y aun torcerse. ¿Sucede así cuando el movimiento se refiere a la reivindicación del voto político en favor de la mujer? El movimiento que surgió hace ya bastante tiempo, se recrudeció en los últimos años, y ha obtenido éxitos evidentes y prácticos en muchas naciones. ¿Es justo ese movimiento? La mujer, como el hombre, ¿tiene derecho al voto, y se ha cometido con ella una injusticia privándola tanto tiempo de esa facultad?

Los primeros síntomas de una campaña en favor de la intervención política de la mujer, aparecieron ya en la segunda mitad del siglo XVIII. En 1792 se publicó la "Vindicación de los derechos de la mujer" de María Wolstonecraft, en la que se reclama para la mujer el voto político. Desde entonces, en una u otra forma, con intervalos de recrudecimiento y de desmayo, la campaña no ha cesado. Y se ha manifestado, ya en revistas feministas, como la fundada y dirigida en Noruega por Cina Kroog, bajo el título de *Tierrras nuevas;* ya en las asociaciones de mujeres organizadas para ese fin, como la que se formó también en Noruega, con el nombre de *Unión en pro de las reivindicaciones de la mujer*, y, sobre todo, en Inglaterra, donde ya en 1870 se unieron varias en la *Unión Nacional de las Asociaciones en favor del sufragio femenino,* y donde brotó, más tarde, la *Unión política y social de las mujeres,* conocida vulgarmente en España con el nombre de *Las sufragistas,* y que tanto se dió a conocer por su actuación tumultuaria y violenta; ya, finalmente, en el esfuerzo personal de hombres de gran prestigio político y científico, como Juan Stuard Mill en Inglaterra, con su libro *La esclavitud de la mujer* y

1 J. BARTHELEMY: *Le vote des femmes.* París. P. Alcan., 1920; ESMEIN-NEZARD y BARTHELEMY-DUEZ: Loc. cit. supra.

con su intervención parlamentaria, corta, pero eficaz, en la Cámara de los Comunes.

Según J. Barthelemy,[1] en la marcha ascendente del movimiento social en favor de la mujer, se notan los caracteres siguientes:

1) Logra sus primeros éxitos en países nuevos de soberanía limitada y de escasa importancia política. Wyoming, Estado particular de la gran República Norteamericana, fué el primer grupo social que otorgó (1869) el voto a la mujer en las elecciones políticas. Siguieron, más tarde, otros Estados particulares de la misma República y algunas colonias inglesas, como Nueva Zelanda (1883) y la Federación australiana (1895).

2) A las regiones no soberanas siguieron naciones independientes, comenzando las del segundo orden, como Noruega, que implantó el voto femenino limitado en 1907, el universal en 1913; y Dinamarca en 1915.

3) Vinieron, en último término, arrastradas, en parte, por el impulso irresistible que a los movimientos políticos dieron los acontecimientos de la guerra de 1914-18, las grandes naciones, como Inglaterrra, Alemania, Estados Unidos.

Hombres y mujeres están, poco más o menos, equiparados en el sufragio político en las naciones siguientes:

Noruega desde 1907, parcialmente, y totalmente desde 1913 (Reforma constitucional); *Dinamarca* desde 1915 (Const. de 4 de junio de 1915); *Rusia* e *Inglaterrra* desde 1918 (Inglaterra, en 1918, concedió el voto a la mujer que hubiera cumplido los 30 años; en 1928, la equiparó con el varón); *Alemania* y *Suecia* desde 1919 (Const. 11 de agosto de 1919; Reforma Const. de 1919); *Estados Unidos* y *Prusia* desde 1920 (Enmienda Const. de 26 de agosto de 1920; Const. de 30 de noviembre de 1920); *Polonia* desde 1921 (Const. de 17 de marzo); *Checoeslovaquia* desde 1921 (Const. de 20 de febrero); *Austria* desde octubre de 1920; *Hungría*, etc.

La segunda guerra mundial con el triunfo militar de las naciones democráticas con Rusia, ha contribuído a una mayor difusión del sufragio político femenino. Todo el grupo oriental de naciones — Rusia con sus satélites — ha admitido el sufragio político femenino: *Rusia* (Const. de 1936); *Yugoeslavia* (Const. de 1946); *Bulgaria* (Const. de abril de 1947); *Rumania* (Const. de abril de 1948); *Hungría* (Const. de agosto de 1949).

También *Francia* e *Italia*, tan renuentes hasta ahora al sufragismo femenino, lo han admitido en sus novísimas Constituciones. *Francia* (octubre de 1946 — art. 4) e *Italia* (diciembre de 1947 — art. 48);

---

1 *Le vote des femmes*, p. 1.ª, t. II. Conclusión. (París-Alcan, 1920.)

Alemania Occidental (Constit. de mayo de 1949 (Bonn) — art. 38). Puede decirse, por lo tanto, que, en el cuadro europeo de Naciones, sólo se oponen al voto político de la mujer: Suiza, España y Portugal. En España, sin embargo, la segunda República española (Const. de 1931 — art. 36) admitió a la mujer para los comicios políticos; y aún sigue teniendo voto en el *Referéndum* establecido por el nuevo Estado. Portugal admite a la mujer en la formación de los organismos locales.

En el Continente americano, disfrutan las mujeres el derecho electoral político en Estados Unidos, Canadá y Uruguay. Perú las admite para las elecciones municipales (Const. de 1933 — art. 86). Pero aún resiste el resto del grupo hispano-americano.

5. Crítica. Errores y exageraciones.[1] — Mucho se ha discutido, en estos últimos tiempos, la legitimidad y conveniencia del voto femenino en las elecciones políticas, y, como es natural, tanto para propugnarlo como para rechazarlo, se han aducido multitud de razones.

Muchas de ellas, en uno u otro sentido, son evidentemente exageraciones. Hacen hincapié algunos partidarios del voto femenino en demostrar la igualdad sustancial del hombre y de la mujer; mientras que sus adversarios se esfuerzan en demostrar la inferioridad de la mujer respecto del hombre, inferioridad suficiente para incapacitarlas para el ejercicio del voto. Ambas tendencias son equivocadas, aunque por distintos conceptos. La pretendida inferioridad femenina, que se supone es triple: física, intelectual y moral, ha dado lugar al examen y estudio de mil pequeños detalles y matices fisiológicos y morales, y a no pocas apreciaciones ridículas y aun ofensivas.[2] Pero no se ha logrado presentar una argumentación sólida que haya, ni siquiera, puesto en duda, el principio, científicamente probado, y aun apreciado como de sentido común, de la igualdad sustancial de los dos elementos humanos, distintos por el sexo. Claro es que existen matices diferenciales fisiológicos, intelectuales, morales, que proceden de la misma naturaleza, y que luego la educación y la misión peculiar de cada sexo han acentuado. Pero esas diferencias no quebrantan, en lo más mínimo, la identidad sustancial de la naturaleza en ambos elementos, puesto que tan radicales, y aun mayores, se encuentran entre personas del mismo sexo, hombres o mujeres.

Pero de la igualdad sustancial de ambos sexos no se desprende la

---

1 J. LAFERRIÈRE: Op. cit., pp. 481 y ss. (Domat-París, 1947.)

2 Schopenhauer se entretuvo en decir que la mujer era un animal de cabellos largos y de ideas cortas.

consecuencia de que debe concederse el voto lo mismo a la mujer que al hombre. Esa deducción supone lo que ya en páginas anteriores queda rechazado: que el voto es un derecho inherente a la naturaleza humana. Vimos ya que es un derecho positivo y una función pública; tiene su origen en el régimen representativo liberal y en la capacidad personal. Por lo tanto, ni se debe reconocer el derecho electoral a la mujer, por ser sustancialmente igual al hombre, como lo es; ni se la debe privar de él porque sea de naturaleza inferior al varón, que no lo es.

No insistimos en otros aspectos meramente accidentales de la cuestión. Se ha dicho, por ejemplo, que la mayoría de las mujeres no desean, ni han pedido el derecho del sufragio; y que, una vez obtenido, se abstienen, en gran parte, de votar. La base de la argumentación es falsa. La existencia del sufragio no tiene su origen ni en el silencio ni en las reclamaciones de la mujer; ni en el mayor o menor gusto o repugnancia con que vota. Las raíces del problema y, por lo tanto, sus soluciones, están en otra parte: se trata de dar al Estado, para su mejor salvaguardia y prosperidad, un régimen acertado para la formación de sus órganos soberanos. El problema, por lo tanto, gira fuera de la órbita de la mera voluntad, impuesto por la naturaleza de las cosas, una vez que se admita el régimen representativo liberal.

Combaten otros el voto femenino apoyándose en la forma con que la sociedad soporta la carga militar y otras similares, como la de policía, etc. De esas cargas, arguyen, están libres las mujeres y pesan exclusivamente sobre los varones; en justa correspondencia, concluyen, los hombres, y sólo los hombres, deben gozar del derecho del voto político.

También este punto de vista es equivocado. Porque establece una especie de correspondencia matemática entre los derechos y deberes sociales, como si fueran consecuencia de un contrato bilateral, por el que el ciudadano que entra a formar parte de una sociedad ofrece algunas prestaciones que tienen el carácter de obligaciones, a cambio de determinadas ventajas que se perciben en forma de derechos. Lo cual es falso. Proviene el error de la mala comprensión de un principio, por otra parte, justo, que se formula diciendo que, todo el que disfruta de las ventajas y derechos de una sociedad civilizada, ha de soportar también las cargas y gravámenes que son inherentes a la existencia de la misma sociedad. Pero la repartición de esas cargas y derechos no ha de regularse por un criterio mecánico de distribución: a tanto por individuo y por carga. Porque, siendo los gravámenes que supone una sociedad civilizada tantos en número y diversos en naturaleza, la razón y el bien común de todos aconsejan que se repartan atendiendo a la condición y situaciones de los que las soportan; así

se llevan con más facilidad, economía y perfección; y, a veces, es imposible e injusto llevarlos de otra manera.

Es tan evidente eso, que hay gravámenes sociales pesadísimos que sólo pesan y sólo pueden pesar sobre la mujer. Fijémonos en la importantísima función de la maternidad, sin la cual, no puede subsistir la sociedad ni en paz ni en guerra.

Y, si tan patente fuera la correlación entre el servicio militar y el derecho del sufragio, ¿por qué no se les ha de privar del derecho al voto a tantos varones a quienes se les declara inútiles para el servicio de las armas?

Pero, además, aun supuesta la correlación antedicha, cada día había de ir perdiendo de fuerza este argumento, por la complicación enorme que adquieren los ejércitos modernos. Porque forman parte del ejército, no sólo los soldados que luchan en la línea de combate, sino la multitud inmensa ocupada en los innumerables servicios de retaguardia: oficinas, hospitales, fábricas de municiones, almacenes de subsistencias, puestos de socorros..., en los cuales puede intervenir, y de hecho interviene, la mujer, a veces con preferencia al hombre.

Intervienen, a veces, en la defensa o repulsa del voto femenino razones puramente de baja política. Lo defienden unos y lo rechazan otros, porque prevén que la intervención de la mujer en los comicios ha de favorecer o ha de perjudicar a sus respectivos partidos.

6. Adversarios del voto femenino. — Esto supuesto, quedan dos argumentos, a nuestro entender, los más sólidos: uno contrario a la admisión de la mujer en los comicios públicos; el otro favorable a esa admisión. Ellos son los que han de inclinar la balanza en favor o en contra del voto femenino.

El Autor de la naturaleza ha destinado a la mujer, en la sociedad, una misión que la aleja de la vida política activa. La misión de la mujer se concentra en el hogar y en la familia, cuyo cuidado y dirección le corresponde, a una con la primera educación de los niños. Por eso, espontáneamente, en virtud de una ley de naturaleza, desde el princio del mundo, se estableció una división natural de trabajo entre ambos sexos, que adjudicó al hombre las funciones públicas y a la mujer las domésticas. Una tradición constante y una educación adecuada han venido a confirmar y robustecer esa ley de la naturaleza.[1] Por lo tanto, el debido alejamiento de la mujer de los derechos

---

1 ESMEIN-NEZARD: Op. cit., p. 1.ª, t. II, c. II, sec. 2.ª, p. 394. Ed. 1927.

electorales políticos, proviene de la misma naturaleza, que le impuso una misión incompatible con el ejercicio de esos derechos. Incompatible, porque la alejaría de sus deberes primordiales — abandonándolos o descuidándolos —; porque llevarían al hogar antagonismos y turbaciones perjudiciales, sin necesidad ni ventaja; porque la educación que prepara a la mujer para su misión doméstica, no la habilita para la función pública. Así lo confirma también la historia.

No convencen estas razones a los feministas. Admitida la ordenación primaria y natural de la mujer para el cuidado y dirección de las funciones domésticas, niegan que tales funciones y tal misión sean incompatibles con el derecho y ejercicio del voto.

¿Por qué razón ha de ser incompatible? Los varones, la mayor parte de los varones, artesanos, agricultores, médicos, ingenieros, etc., viven exclusiva y totalmente dedicados a trabajos ajenos a la actividad política; al votar, ni se dice ni se supone que abandonan o descuidan su profesión. Tampoco se les exige preparación ni educación especial; en los sistemas liberales, ni siquiera el saber leer y escribir; basta que sean mayores de edad, y que residan, durante algún tiempo, en el distrito electoral. ¿Por qué a la mujer se le ha de exigir preparación más especial? ¿Por qué ha de suponerse de ella que, para votar, ha de abandonar o descuidar su profesión y sus deberes peculiares? Más aún: el ejercicio de determinadas profesiones, ajenas a la política en la sociedad, capacita a los que a ellas se dedican, para votar con más competencia y autoridad. Prueba de ello es que los Gobiernos, con frecuencia, juzgan prudente consultar a industriales, banqueros, agricultores, trabajadores; conceden más fuerza a su opinión y voto, cuando, con sus disposiciones gubernativas, han de rozar, de alguna manera, esa clase de intereses. ¿Por qué, cuando las disposiciones gubernativas han de referirse de alguna manera al hogar (y son muchas las de esa especie, como las escolares, económicas, sanitarias...) no ha de ser también calificado el voto de la mujer? Por lo tanto, sin faltar la mujer a los deberes de su peculiar misión, antes bien, porque los cumple, ha de poder y ha de saber votar. El tradicional apartamiento de la mujer de esta clase de funciones públicas, no proviene de una ley de naturaleza, sino de la secular desconsideración y abandono en que se la ha tenido, más o menos conscientemente. A ese apartamiento ha correspondido la educación apropiada. Pero esas deficiencias son pasajeras, y una educación mejor orientada, sin que en lo más mínimo salga del marco debido a la mujer, las puede

remediar. La tradición en esto sufrirá un cambio, mejor dicho una evolución, reclamada por la naturaleza de las cosas, y en bien de la mujer y de la sociedad.

7. Los defensores. — Los partidarios del voto político femenino, no lo defienden en absoluto, en abstracto, como si fuera un derecho que a la mujer correspondiese por naturaleza, prescindiendo de toda forma de gobierno; sino que lo defienden en concreto, supuesta la forma democrática representativa. No se trata, dicen, de un derecho natural que, de manera inmutable, compete a la mujer; sino de un derecho positivo, consecuencia lógica de los principios liberales de gobierno. Porque los pueblos hoy se rigen por un sistema de gobierno, según el cual la sociedad interviene en la dirección de la vida pública, si no absorbiendo todas las funciones soberanas, tomando, al menos, parte directa en la formación del órgano legislativo; el instrumento principal de esa intervención es el voto.

Además, el sufragio, según los principios del mismo sistema, es individual, en cuanto que representa sólo la opinión del que lo emite; y es universal, en cuanto que debe extenderse a todos los miembros de la sociedad, aptos, sin excluir más que a los incapacitados para ejercerlo. Ahora bien: la mujer, siendo parte esencial de la sociedad civil, tiene personalidad propia reconocida, distinta del varón. Por lo tanto, mientras subsisten las bases del gobierno representativo liberal moderno, su exclusión sistemática del derecho del sufragio constituirá una injusticia evidente, si no se prueba de manera palmaria su incapacidad para el ejercicio del derecho.

¿Cuál puede ser la causa de esa incapacidad? La mujer, como el varón, tiene su nacionalidad y llega a la mayoría civil y política. La riqueza, de la que puede disfrutar y disponer como el hombre, ha tiempo que desapareció de las leyes modernas como signo de capacidad electoral. ¿Será por falta de cultura? Pero había de parecer burla sangrienta excluir en bloque a la mujer del ejercicio del voto por falta de cultura, cuando las leyes han abierto de par en par las puertas de los colegios electorales a la incultura del varón que no sabe leer y escribir. Si se juzgase indispensable algun grado de cultura, exíjase por igual al hombre y a la mujer. En cuanto a la incompetencia femenina en materias políticas, a más de no ser privativa de la mujer, es natural consecuencia del alejamiento y despreocupación forzada en que ha vivido; de ese defecto subsanable padecieron las pri-

meras generaciones de varones, a raíz del establecimiento del régimen representativo liberal.

No hay por qué insistir de nuevo en la especie de incompatibilidad que encuentran algunos entre el ejercicio del voto y la misión natural de la mujer. Es otro prejuicio que fácilmente se desvanece a la luz de la reflexión y de la experiencia. Supónese, en este caso, que conceder el voto a la mujer, es lo mismo que arrojarla del hogar, echarla a la calle y a las reuniones políticas, en donde lo menos que ha de perder ha de ser el tiempo que reclama el hogar. Pero la experiencia muestra que la inmensa mayoría de los varones que votan, ni descuidan el cumplimiento de sus deberes profesionales, ni sienten la necesidad de asistir a esas reuniones políticas, ni la asistencia moderada a ellas es causa de perjuicios irremediables. La prensa, la radio, etc., pueden suplir cumplidamente la eficacia o la labor educativa que se adjudican a las reuniones políticas. ¿Por qué no ha de suceder lo mismo con la mujer? Al contrario, el más perfecto cumplimiento de su misión doméstica la ha de preparar mejor al cumplimiento de su labor electoral. Sobre todo, siempre que se trate de aquellos asuntos que más de cerca se rozan con su modo peculiar de vida. En ello está interesada, no sólo como persona, sino como persona débil, como esposa, como madre; y, en los tiempos modernos, como obrera, como profesional de la industria, comercio, etc. Prescindir de su cooperación en la dirección de todos esos asuntos, en un régimen democrático liberal, es manifiesta injusticia.

Se dirá que la intervención en la vida pública de la mujer ha de llevar al hogar desavenencias intestinas, por la natural diversa apreciación de los problemas públicos; que la mujer se dejará dominar o influir por su marido, por su padre... Son puntos estos del problema enteramente accidentales. No hay por qué negar que el sufragio puede ser ocasión de discrepancias familiares, como tantos otros problemas de la vida de familia, económicos, democráticos, educativos, etc. Pero no siempre es lícito remediar esos inconvenientes extirpando la ocasión, cuando, a veces, se funda en una necesidad o en una conveniencia justa. Lo más natural es acudir a otros medios y factores morales, como en los demás casos de desavenencias familiares.

La influencia política que, por su posición, puede ejercer el hombre sobre la mujer, es mutua; y a veces puede vencer en sentido contrario: la de la mujer sobre el hombre. En todo caso, también existe entre los hombres, como sobre los criados, colonos, dependientes, etc., sin que traiga, como consecuencia, la extinción del derecho.

8. Voto corporativo: noción y fundamento. — En general es el que se otorga, no a los individuos aislados, sino a los grupos y clases

en que se juntan los individuos, según las diversas situaciones sociales, y diversos fines de la vida. Así los gremios de un oficio, los sindicatos, etc.

El voto corporativo que, durante mucho tiempo, ha estado tocando inútilmente a las puertas de las naciones civilizadas, ha logrado, por fin, entrar en algunas legislaciones positivas. Este avance se debe a razones *objetivas,* que tienen su raíz en la misma naturaleza del voto corporativo, y a razones *históricas,* como a las reacciones provocadas por las graves crisis que ha sufrido el voto individual inorgánico.

Expresaba ese pensamiento el Dr. Oliveira Salazar, cuando en su célebre discurso-programa de 30 de julio de 1930, y refiriéndose a Portugal, exclamaba: "Se pretende construir el Estado social y corporativo en estrecha correlación con la constitución natural de la sociedad. Las familias, las parroquias, los municipios, las corporaciones donde se agrupan todos los ciudadanos con sus libertades jurídicas fundamentales son los organismos competentes de la nación y deben tener, como tales, intervención directa en la constitución de los cuerpos supremos del Estado. He aquí una expresión mejor que cualquiera otra del sistema representativo."[1]

"Fué el liberalismo político del siglo XIX, insiste Oliveira, el que creó al *ciudadano;* al ciudadano desintegrado de la familia, de la clase, de la profesión, del medio cultural, de la agremiación económica. Y ese ciudadano fuera de los grupos naturales en que nace y vive es una especie de abstracción, un concepto erróneo e insuficiente."

No es distinto el pensamiento de Pío XI en la Encíclica *Quadragesimo Anno* al hacer notar la violencia que se ha hecho a la sociedad cuando, contra su naturaleza y sin tener en cuenta su carácter orgánico, se la encerraba dentro del marco estrictamente individualista; y al hacer notar las funestas consecuencias políticas y sociales que de ese error se habían derivado: como el divorcio entre la nación y el Estado, la concurrencia económica sin límites, la formación de grupos o clases enemigos entre sí, fuera y contra el Estado, etc.

Por otra parte, la grave crisis del sistema político liberal, sobre todo el parlamentario, al que sirve de base el reclutamiento electoral universal e inorgánico, y al que la victoria de las llamadas naciones democráticas le ha inyectado un soplo artificial de vida, está demasiado a la vista para que nos detengamos en exponerla.

---

1 *El Pensamiento de la revolución nacional,* p. 87. Edi. Poblet. Buenos Aires, 1938.

9. Tanteos y propuestas. — Aparte de las Cortes, Parlamentos, Estados generales, etc., del régimen antiguo y de los tiempos medioevales, ya un poco lejanos, apenas si se conservan algunos residuos parciales y desnaturalizados de sistemas o tendencias corporativistas, v. gr., la agonizante Cámara de los Lores.

Pero el nuevo movimiento corporativo, con ser más hondo y extenso, reviste otro carácter. Los conatos precursores — meramente teóricos — aparecían influídos por el criterio individualista del sufragio universal. La novedad consistía en agrupar a los ciudadanos para los efectos electorales en gremios o profesiones, y en señalar a cada grupo un cupo de representantes en consonancia a su importancia numérica censal o cualitativa. A modo de ejemplo citaremos los sistemas ideados en Francia por Ch. Benoist y en España por Pérez Pujol y que largamente dejó expuesto Santa María de Paredes en su *Tratado de Derecho Político.*[1]

La Cámara baja, según CH. BENOIST, tendría un diputado por cada 20.000 electores, en total 500; las elecciones se efectuarían por colegios de electores agrupados por profesiones. En un grupo de 100.000 electores, a los que corresponden 5 diputados, los industriales, si llegaban a 20.000, designarían un Diputado; los agricultores, si llegaban a 40.000, elegirían dos; los comerciantes, en las mismas circunstancias, nombrarían otro; por fin, los funcionarios y rentistas, si no llegaban a 20.000, designarían un diputado; los agricultores, si llegaban, el quinto diputado.

Para el Senado, cada Departamento, prescindiendo de la cifra de su población, nombraría tres Senadores. El primero había de ser un diputado provincial, nombrado por las Diputaciones provinciales; el segundo un concejal designado por los consejeros municipales; el tercero sería elegido por los delegados de las uniones (asociaciones), sociedades culturales, industriales y sindicatos.

Establece, además, M. Benoist siete grupos profesionales amplísimos, en los que pudiera encuadrarse el sufragio universal: 1) agricultores, 2) industria, 3) transportes, correos y telégrafos, 4) comercio, 5) administración pública, 6) profesiones liberales, 7) rentistas. Cada categoría tendría, en cada Departamento, un número de Diputados proporcional a su importancia numérica.

---

1 P. 3.ª, sec. 1.ª, c. III.

SISTEMA DEL SR. PÉREZ PUJOL. — Proponía este notable publicista un sistema fundado en la división de la sociedad en gremios y clases. Entiende por *gremio* (Santa María de Paredes, loc. cit.) el conjunto de individuos que ejercen la misma profesión o tienen igual manera de vivir; y usa la voz clase, en la acepción corriente de la palabra, cuando se dice clase alta, clase media y clase obrera. Todo ciudadano tiene derecho a votar, pero en su gremio y en la clase que, dentro de su gremio, le corresponde, según su posición y la parte con que contribuya a sostener las cargas públicas.

La parte con que cada gremio contribuya a sostener las cargas públicas, es la que debe servir de medida a su representación en la Asamblea, y el número de diputados, que hasta ahora se ha distribuído entre las provincias o entre los distritos, se distribuirá en adelante entre los gremios proporcionalmente a la suma total que cada uno de ellos pagara de contribución directa. De esta manera la propiedad mueble, la rústica, la agricultura, la industria, el comercio y las profesiones intelectuales, tendrían en el Parlamento una representación exactamente igual a su importancia y valor en la sociedad y en el Estado.

Los grandes gremios se dividirían en colegios por regiones, formando un grupo los agremiados de una región, que por la cantidad de impuesto que satisfagan, tengan derecho a elegir tres diputados. Los gremios que en una región no alcancen a pagar la suma necesaria para nombrar tres diputados, se agregarán a otros, por analogías de profesión, y aun por regiones, para constituir un colegio.

Constituído así el colegio electoral, debe dividirse en tres secciones: la primera, con derecho a elegir un diputado, la formarán los mayores contribuyentes, cuyas cuotas constituyan la tercera parte de la suma que corresponda al colegio; la segunda sección, con derecho a elegir otro diputado, la formarán los electores que paguen las otras cuotas inferiores hasta llenar la segunda parte de la suma que corresponda al colegio; queda la tercera sección, formada por los demás contribuyentes, que nombrarán el otro diputado. (*Prusia,* Const. 1850.)

PORTUGAL (Constitución de 1933) al lado de la Asamblea Nacional elegida por sufragio directo de los electores (ciudadanos portugueses, varones, mayores de edad o emancipados que sepan leer y escribir, o, en caso contrario, paguen al Estado determinada contribución), ha establecido una *Cámara corporativa* compuesta de representantes de las autarquías locales y de los intereses sociales considerados éstos en sus ramas fundamentales del orden administrativo, moral, cultural y económico, designando la ley a quiénes incumbe tal representación o la forma de elección y la duración del mandato. (Const. art. 102).

Del precepto constitucional copiado se desprenden dos consecuencias: 1) que el corporativismo portugués no es parcial, sino completo, es decir, abarca no sólo las agrupaciones de tipo económico, sino de todas clases: "de orden administrativo, moral, cultural, y económico", y en los cuales puede decirse que está encuadrada toda la sociedad; 2) que el reclutamiento de los representantes corporativos para los órganos políticos no se realiza por sufragio individual, ni *aun indirecto,* sino que se emplean otros medios, como el nombramiento y la jerarquía institucional.

La Constitución se limita a decir que compete a la ley designar a quiénes incumbe tal representación. Y la ley (Ley de 12 de noviembre de 1938) preceptúa que son Procuradores de la Cámara Corporativa:

1) El Presidente de cada Corporación y los miembros del Consejo respectivo, en número y calidad suficientes para una representación proporcional de los integrados en ella.

La designación de las personas que, además del Presidente, han de representar a la Corporación compete al *Consejo Corporativo*[1], que tendrá siempre en cuenta la importancia relativa de las actividades de la Corporación y la representación de los intereses de las empresas y el trabajo.

2) Representantes de las Casas de pueblo y de las Casas de pescadores y designados por el *Consejo Corporativo.*

3) Los representantes de los intereses sociales del orden administrativo, designados de la misma manera.

4) Los Presidentes de los Ayuntamientos de Lisboa y Oporto, y Presidentes de Ayuntamientos de los demás municipios, urbanos y rurales, elegidos por una Asamblea convocada expresamente para ese fin.[2]

De manera similar, en ITALIA, el nuevo y fenecido Estado corporativo italiano, creó, al lado del Senado del Estatuto de 1848, de nombramiento real, la *Cámara de los Fascios y Corporaciones* (19 enero 1939) que sustituyó a la Cámara de Diputados democrática. Pues bien: desaparece en su formación el sufragio individual ciudadano y entra en juego la designación

---

1 Forman el Consejo Corporativo: el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros de Justicia, de Trabajos públicos y Comunicaciones, del Comercio e Industria, de Agricultura, el Subsecretario de Estado de las Corporaciones y de Previsión social y dos Profesores de las Universidades de Lisboa y Coimbra que den o hayan dado un curso completo de Derecho corporativo. Decreto de 15 de octubre de 1934.

2 SÁNCHEZ AGESTA: *El Derecho constitucional en Portugal.* Prieto, Ap. 164, Granada.

o por nombramiento o por el cargo que se ejerce en el *Partido nacional Fascista* o en el *Consejo nacional de las Corporaciones.* Integraban la nueva Cámara:

1) El Duce;

2) Los miembros del *Gran Consejo Fascista;*

3) Los miembros del *Consejo nacional del Partido Fascista,* y

4) Los componentes del *Consejo nacional de las Corporaciones.*

Ahora bien, los miembros del *Gran Consejo Fascista* y del *Consejo nacional del Partido Fascista* eran de nombramiento del Duce a propuesta del Secretario general del Partido.

Lo mismo puede decirse de los miembros del Consejo nacional de las Corporaciones, y de su órgano principal, el *Comité corporativo Central.*

En resumen, la composición de la Cámara está profundamente influída por el Partido único, rueda esencial del sistema fascista italiano, cuyo Jefe y Jerarcas, directa o indirectamente, nombran o designan a los *Consejeros nacionales,* que así se titulan los miembros de la Cámara de los Fascios y Corporaciones.

Acertadamente se afirma que la nueva Cámara no representa al pueblo italiano, como conjunto inorgánico de ciudadanos, sino a los Fascios (milicia organizada del Partido) y a las Corporaciones (agrupaciones de los diversos valores económicos de Italia).[1]

El predominio absorbente del partidismo político en el corporativismo italiano es demasiado patente y daña no poco al amplio sentido profesional del sano corporativismo.

De la manera de formar la representación en las Cortes españolas, hemos de ocuparnos más adelante con alguna detención. Baste observar ahora que, abandonado el sufragio universal inorgánico, se establece un sistema mixto con predominio de una *representación institucional.* Se designan los Procuradores o por razón del cargo que se ejerce en las entidades locales administrativas, y por elección de las corporaciones culturales, económicas y profesionales, o por elección de sus directivos respectivos, etc., con un pequeño grupo de nombrados por el Jefe del Estado dentro de determinadas condiciones.

10. Críticas. — La representación profesional ha sido, y sigue siendo, duramente combatida por muchos que permanecen ad-

---

1 MARCO F. ZANZUCCHI: *Istituzioni di diritto pubblico,* nn. 221 y ss.; nn. 128 y 352. Milano. A. Guiffré, 1941.

heridos, irreductiblemente, al sistema democrático liberal. Al lado de algunas ventajas que reconocen en la representación corporativa, son tales los inconvenientes y, sobre todo, tantas las dificultades prácticas de aplicación, que les inclinan decididamente a votar en contra. Como uno de los opugnadores más decididos puede presentarse a Barthelemy-Duez en su *Traité de Droit Constitutionnel.*[1] Barthelemy, después de admitir que la representación corporativa se ofrece, teóricamente, como la más exacta y genuina representación del país, resume su tremenda requisitoria en los siguientes puntos:

1) La representación corporativa implica graves dificultades de aplicación;

2) las ventajas que se le atribuyen son muy problemáticas;

3) encierra graves peligros para el interés general y para la libertad política.

Dificultades e inconvenientes ha de ofrecer, sin duda, la implantación de la representación corporativa. Mucho más en los principios, cuando ha de tropezar con otra organización muy arraigada y con grandes intereses creados. No creemos, sin embargo, que esas dificultades sean insuperables, ni los inconvenientes mayores, ni mucho menos, que los que lleva consigo la representación que sale del sufragio universal inorgánico.

a) Ante todo, la impugnación se ciñe demasiado a la representación de intereses, de intereses económicos materiales, que, aunque importantísimos, no son los únicos de los pueblos, ni los de más elevada categoría. A ello quizá dan pie algunos corporativismos ensayados, como el italiano. Pero, en la verdadera representación corporativista, al lado de los económicos, han de figurar, y con la elevada categoría que les corresponde, otros intereses nacionales, como los culturales, los morales, sociales, etc. De otro modo, la representación resultaría parcial e incompleta.

b) Otros argumentos de los Profesores de París se refieren a aspectos secundarios y de mera organización que salen al paso en toda forma o sistema de acoplamientos sociales complicados, como son los estatales. ¿Que cuántos grupos profesionales habrían que formar? ¿Cómo compaginar, dentro de ellos, los intereses de patronos y obreros? ¿Dónde colocar a los rentistas, consumidores, etc.?

c) Y los organismos corporativos ¿han de tener solamente facul-

---

1 P. 1.ª, tít. I, c. I, sec. II, p. 327.

tades consultivas, o han de poder tomar decisiones? Carácter consultivo tiene el *Consejo económico* francés de la Constitución de 1936; y lo tuvo también el *Consejo económico del Reich* de la Alemania de Weimar, y aun la actual *Cámara corporativa* portuguesa. Pero no cabe duda de que la tendencia corporativista va más lejos y trae pretensiones de constituir organismos legislativos plenos o exclusivamente o al lado de otros organismos de origen inorgánico.

d) Añaden los Sres. Barthelemy y Duez, que los mejores técnicos no son, siempre, los mejores gobernantes ni legisladores; ni, al frente de los organismos sindicales, se ponen los mejores técnicos, sino agitadores políticos.

Distingamos: ni el técnico o especialista, por serlo, será buen gobernante; ni tampoco, por ser técnico, ha de carecer necesariamente de condiciones de mando. El buen gobernante puede salir de todas las profesiones y medios cultos. Y no hay por qué llevar a las magistraturas supremas al arquitecto técnico, ni al comerciante técnico, ni al militar, ni al abogado o banquero. Aflorará de todas o cualquiera de esas profesiones cuando las circunstancias lo presenten o la perspicacia social los descubra y señale. El agitador político es mala hierba que nace en todos los terrenos, siendo los más apropiados los que prepara el sufragio universal inorgánico.

e) La pugna de intereses es difícil desterrarla de cualquiera clase de Parlamentos. El actual Parlamento laborista inglés ha salido del sufragio individualista democrático, y no creemos que haya llevado a la Cámara de los Comunes ninguna atenuación a la oposición de intereses. Quizá sea verdad todo lo contrario: una mayor exacerbación.

Y es que el punto está en atinar aquella manera u organización que convierta o favorezca la evolución de la pugna en colaboración y armonía: si ello se consigue mejor con organismos separados y hostiles entre sí o en organismos unitarios dentro de los cuales se expongan las aspiraciones y se ventilen las diferencias sin el menor daño posible de unos y de otros, y con la mira puesta en el mayor bien común de todos, en el interés general. Para ello, más que el sistema orgánico en que se acoplen los diversos elementos divergentes, contribuirán, principalmente, los grandes ideales de justicia, de interés patriótico y de fraternidad humana fuertemente arraigados en la sociedad y en sus representantes, procuradores o parlamentarios.

f) Finalmente, los respetables Profesores franceses levantan la voz de alerta y achacan a la representación y al Parlamento profesional que comprometen la unidad nacional, favorecen la tiranía del grupo sobre el individuo, y abren el camino al bolchevismo.

No nació, ni triunfó el bolchevismo ciertamente en una sociedad

corporativa bien organizada. Pero no deja de extrañar que tan respetables Profesores no vean el peligro contra la unidad nacional, el peligro de la tiranía de un grupo o clase, y de una marcha hacia el bolchevismo, en los sucesos políticos que se desarrollan ante sus ojos, en la labor de partidos políticos apátridas, de los sindicatos socialistas y comunistas que se apoderan del poder y que tan natural y legalmente viven y se desarrollan dentro de la organización democrático-liberal e individualista.

CAPíTULO SÉPTIMO

SUMARIO: 1. Nociones y terminología. — 2. Régimen de las mayorías. Crítica. — 3. Sistema proporcional: noción. — 4. Nota histórica. — Adversarios y defensores. — 6. Procedimientos para obtener la representación proporcional. — 7. Sistemas Andrae-Hare y D'Hont. — 8. Aprovechamiento de residuos. Libertad del elector. — 9. Sistemas intermedios: voto restringido, voto acumulado, primas a las mayorías.[1]

1. Nociones y terminología. — La emisión del sufragio, el recuento de los emitidos y su adjudicación a las personas en cuyo favor se emitan, requiere una organización. Organización que disponga la ordenada agrupación de los ciudadanos electores, señale la fecha, el lugar y la forma de la elección, determine la autoridad que ha de presidir el acto, y el escrutinio o forma de recontar los votos y distribuirlos entre los candidatos, es decir, entre los que, oficialmente, se presentan como aspirantes al cargo.

Con el sufragio extendido a todos los ciudadanos, en paridad de condiciones, se ha desterrado la arbitraria desigualdad con que, en tiempos anteriores, se concedía el derecho a votar. Durante la Edad Media, la posesión del derecho a votar era privilegio que, en general, dependía de la mera merced del Príncipe. De ahí el que, dentro del mismo ámbito nacional, hubiese villas y ciudades que disfrutaban del derecho y otras que estaban privadas de él, y en forma muy desigual.

---

1 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, nn. 156 y ss. (Reus, 1939); BARTHELEMY-DUEZ: *Traité de Droit constitutionnel*, pp. 348 y ss. (Dalloz, 1933); G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, pp. 148 y ss. Sirey-París, 1949; ESMEIN-NEZARD: *Eléments de Droit constitutionnel*, p. 1.ª, tít. 2.º, c. II, sec. II. (Sirey-París, 1927); M. PRELOT: *Précis de Droit constitutionnel*, nn. 258 y ss. (Dalloz-París, 1950); DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel*, t. II, pár. 45 (ed. 1923); ORBAN: *Le Droit constitutionnel de la Belgique*, t. II, nn. 32 y ss. (Giard et Briére París, 1908); VILLEY: *Législation électoral comparée*. Pedone-París, 1900; DE GRASSERIE: *Systémes électoraux*. Felix Alcan-París, 1911.

Como modelo de esta desigualdad tan chocante propone Barthelemy a *Inglaterra,* antes de la reforma electoral de 1832. Una gran ciudad como Manchester no tenía derecho para nombrar ningún diputado, mientras el rincón de Cornouailles elegía 44, y toda Escocia 45.

En *Prusia* los electores se distribuían en tres clases, cada una de las cuales representaba un tercio de la contribución que se pagaba en la circunscripción. En la primera, se reunían los mayores contribuyentes hasta llenar un tercio; en la segunda, los otros mayores contribuyentes, hasta llegar al segundo tercio; y en la tercera, la masa de los menores contribuyentes. Como cada clase elegía el mismo número de compromisarios electores, podía resultar, como en Colonia, que 970 electores tuviesen el mismo derecho electoral que 22.324 electores de la tercera clase. O, como en *Essen,* donde un solo elector llenaba la primera clase.[1]

El concepto moderno de la soberanía nacional y la universalidad y unidad del voto cambian radicalmente el criterio sobre el que ha de basarse la adjudicación y distribución del sufragio, que se ha de regir por normas de paridad y equivalencia entre todos los ciudadanos.

Partiendo de estos puntos de vista, hay que dejar a un lado el sistema meramente topográfico-geográfico de un diputado por tantos kilómetros cuadrados de terreno. Sus habitantes y, por lo tanto, los electores no están distribuídos simétrica y matemáticamente por kilómetros de extensión; a los ciudadanos, por lo tanto, y no al suelo, se ha de atender para la formación de los grupos electores, adjudicando un diputado a determinado número de electores.

Esto supuesto, pudiera la ley utilizar para las operaciones electorales las divisiones administrativas ya existentes en el país, acomodándolas a las exigencias particulres de la función; o, también, pudiera prescindir de ellas y proceder a una nueva división del territorio estricta y únicamente electoral. A nuestro entender, el primer sistema, es decir, el de utilizar las divisiones administrativas existentes, tiene evidentes ventajas sobre el segundo, porque es más sencillo, y se evitaría la complicación de nuevas demarcaciones sobre el mismo territorio y con relación a los mismos sujetos. En segundo lugar, porque ofrece

---

1 DARESTE: *Les Constitutions modernes,* t. I: Prusia. Const. de 1850, artículos 69 y ss.

más garantías de imparcialidad, evitando el peligro de que, en las nuevas divisiones electorales, se atendiese a fines meramente políticos y partidistas.

Las legislaciones positivas se inclinaban, por punto general, al sistema ya propuesto. Así en *Inglaterra* los condados, los burgos, las Universidades, son los núcleos de los colegios electorales para la designación de los miembros de la Cámara de los Comunes; en *Bélgica*, las provincias y los arrondissements, reuniéndolos, a veces, según su población, para formar un solo colegio electoral; en *España*, las provincias, municipios; lo mismo en *Italia*, etc.

Por lo demás, en la terminología política y en España, se denomina *colegio electoral* el conjunto o grupo de los electores. Y se emplean las palabras *distrito* y *circunscripción* para significar mejor la demarcación territorial en que radica el colegio electoral; denominándose *distrito*, la demarcación territorial en la que el colegio electoral elige un solo diputado; y *circunscripción*, aquélla en la que el colegio elige varios diputados.

Existe también el *colegio nacional único*, en el que todos los electores de la nación forman un solo colegio para designar, juntamente, a todos los representantes. Sistema éste rechazado con sobrada razón.

Queda, pues, el sistema de la *pluralidad de colegios;* es decir, cuando los electores de la nación, fraccionada en varias demarcaciones, se distribuyen en varios colegios, los cuales, a su vez, pueden ser uninominales o plurinominales. Si los diversos colegios en que se agrupan los electores de la nación son tantos como representantes deban elegirse, de forma que cada colegio elija un diputado, tendremos los colegios *uninominales*. Pero si cada colegio designa a varios representantes, son y se denominan *plurinominales*. Claro es que cabe también dividir el territorio nacional en distritos y circunscripciones, de los cuales unos sean uninominales y otros plurinominales.

¿Cuál es el sistema preferible? Reales son las ventajas del sistema que divide el territorio nacional en diversos distritos y colegios uninominales. En primer lugar, es un sistema muy sencillo, y, por lo tanto, muy manejable en la práctica. Además, en tales colegios, será generalmente la designación más consciente, porque los electores pueden conocer personalmente al candidato, y saber, por lo tanto, a quién

votan y por qué razones le votan. Suele salir triunfante aquel que, según la frase popular, tiene verdadero arraigo en el distrito.

Pero, en cambio, el colegio uninominal tiene el gravísimo inconveniente, para nosotros insanable, que lo descalifica por completo, de que no encaja en él, ni puede encajar más que el sistema de las mayorías. No hay posibilidad de aplicar ninguno de los sistemas que tienden a la representación proporcional, ni siquiera el sistema del voto restringido. Como, a nuestro parecer, según lo hemos de ver inmediatamente, es injusto el régimen estricto de las mayorías e incompatible con todo verdadero gobierno representativo, deducimos lógicamente que los colegios uninominales, a pesar de su sencillez, son inaceptables.

No debe tampoco olvidarse que entraña un peligro la segunda ventaja que recomendaba a los colegios uninominales. Decíamos que la elección, por lo mismo que no se trata más que de una persona, podía ser verdaderamente libre y consciente; de persona conocida y de arraigo en el distrito. Esta intimidad de relaciones, casi familiares, que une al representante con los electores, decimos que entraña un peligro: el que la misma intimidad enturbie algo la serenidad e imparcialidad del diputado, que en vez de enfocar los asuntos públicos desde el punto de vista nacional, los encierre dentro de los estrechos horizontes del interés meramente local y aun personal de los electores. Se convierte, sencillamente, en agente de negocios de su distrito ante el Gobierno.

Por todo lo cual, deben ser preferidos los colegios plurinominales. Ante todo, tienen la inmensa ventaja de que son adaptables perfectamente a los sistemas que tienden a la representación proporcional y a la representación de las minorías; y como esta representación, en los gobiernos democráticos liberales, la creemos nosotros de estricta justicia, deducimos lógicamente que deben preferirse los colegios plurinominales a los colegios nominales.

Por todas estas razones, proponemos como solución la más razonable y práctica, a la vez: la división del territorio nacional en varias circunscripciones plurinominales. Con ella se obtienen las ventajas que pudieran ofrecer los sistemas que acabamos de analizar y rechazar; y se corrigen la mayor parte de los inconvenientes.

2. Régimen de las mayorías. Crítica. — Los sistemas puestos en práctica y los excogitados por los autores pueden reducirse a tres grupos: 1) Sistemas que siguen el régimen de las mayorías; 2) los que se inspiran en la representación proporcional; y 3) los sistemas intermedios.

Por el régimen de las mayorías, es reconocido como representante de un colegio electoral, aquel que reúna a su favor mayor número de sufragios.

A veces, suele exigirse la mayoría absoluta; es decir, al menos la mitad más uno de los votantes. Pero la mayor parte de las veces, sólo se exige que se obtenga la mayoría relativa; es decir, mayor número de votos que los demás contrincantes. Con la particularidad de que, aun en el primer caso, si en el primer turno nadie obtiene mayoría absoluta, en el segundo o tercero se otorga la representación al que reúna a su favor la relativa. En una elección en que entran 100 electores para designar un representante, saldrá elegido seguramente el que reúna 51 votos; pero puede también ser designado el que sólo reúna 30 votos, si los otros 70 sufragios se reparten entre los candidatos sus contrincantes, de forma que dos de ellos, por ejemplo, hayan reunido 25 votos cada uno, y el tercero los 20 restantes.

En las contiendas electorales no se ha exigido aún la mayoría que pudiéramos llamar calificada; es decir, la que debe reunir para obtener la representación dos terceras o tres cuartas partes de los sufragios de los electores. Hasta ahora sólo se ha exigido esa mayoría en ciertas votaciones de Asambleas, ya de carácter público, legislativas y judiciales (v. gr. para las reformas constitucionales, la imposición de determinadas penas), ya en los acuerdos de sociedades de carácter privado. Por lo tanto, debe decirse que, según el régimen de las mayorías, es reconocido como representante de un grupo social, el que reúna a su favor mayor número de sufragios.

Ha existido siempre, contra este sistema, una corriente de opinión bastante general y vigorosa, que lo considera como injusto, en toda organización política que se base en la representación. Por de pronto, en el caso más favorable al sistema, han de quedar sin representación todas las minorías, que, a veces, pueden reunir a su favor casi tanto número de votos como la mayoría: la mitad menos uno. Pero, con frecuencia, los elegidos son los representantes de una minoría de la sociedad, de la cual no pueden, con verdad, decirse genuina y verdadera representación. Y eso por varias razones: 1.ª porque las abstenciones, a veces muy numerosas, dan por resultado que la mayoría de los votos emitidos no sea la mayoría verdadera de los electores; y 2.ª porque, aun en el caso de que todos ejerzan el derecho de votar, la mayor parte de los sufragios pueden estar repartidos en varias fracciones o grupos, de forma que

el triunfo se incline del lado de una minoría, que aun permaneciendo tal con respecto al número total de votos, supere a todas las demás fracciones. En todos estos casos no pueden, en justicia, los elegidos llamarse representación plena del país.

La experiencia francesa del sistema mayoritario, comentado por *Barthelemy-Duez,* viene a confirmar lo que la lógica racional deduce. "Tomemos, dice, las cifras de las elecciones, con sistema mayoritario, en Francia desde 1875. Pongamos a un lado los votos obtenidos por los candidatos elegidos y al otro lado los votos obtenidos por los candidatos no elegidos y las abstenciones, y nos convenceremos de que estas últimas categorías superan a la primera. El número de votos representados por los elegidos no ha pasado nunca, en las elecciones legislativas celebradas con el sistema de las mayorías, del 43 % (elecciones de 1883) al 49 % (elecciones de 1877) del cuerpo electoral, mientras que el número de sufragios no representados va del 51 al 57 %.

Así, pues, con el sistema mayoritario, el Parlamento, en su conjunto, no representa ni la mitad más uno de los electores; y, por consiguiente, la mayoría parlamentaria no representa sino una fracción más pequeña aún. Y una ley votada a la unanimidad por el Parlamento no es, en resumen, sino la expresión de la voluntad cierta de una minoría de electores. ¿Qué decir, en esas circunstancias, de las leyes votadas con unos cuantos sufragios de mayoría? Se podrían tomar una a una las grandes medidas legislativas adoptadas en el transcurso de este siglo, añadir al número de sufragios obtenidos por los diputados que han votado esas medidas y mostrar, con una simple operación aritmética, que esos diputados apenas representan la cuarta parte de los ciudadanos activos de la Metrópoli y, por consiguiente, menos de la décima parte de la población.

Así, por ejemplo, la gran ley de 9 de diciembre de 1905 de la separación de las Iglesias y del Estado ha sido votada por una mayoría de 341 diputados que representaban tan sólo 2.647.315 sufragios, de 10.967.000 y de 38 millones de franceses. Por lo tanto, con el régimen mayoritario, no ha llegado aún Francia a gobernarse plenamente a sí misma; es una minoría la que la dirige. A decir verdad, no es sólo el régimen mayoritario el responsable de este estado de cosas; el abstencionismo electoral y la mala repartición de puestos ayudan también a lo mismo".[1]

---

1 BARTHELEMY: Op. cit., parte 2.ª, tít. I, c. II, sec. III, p. 354. Argumentación repetida casi con las mismas cifras en DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel,* t. II, pár. 45. Ed. 1923.

El defensor decidido del sistema mayoritario en Francia es Esmein, de cuyos argumentos se hace cargo para refutarlos el mismo Barthelemy.[1]

Estos inconvenientes y defectos de la elección mayorista, aumentan desmesuradamente en aquellos países, como el nuestro, donde, menos depurado el espíritu ciudadano, a los defectos intrínsecos del sistema se unen otros vicios, como las artimañas y fraudes empleados para impedir que los partidarios de candidatura adversaria emitan sus votos o para escamotear o destruir los legítimamente emitidos. La elección entonces degenera en una farsa que encubre malamente, cuando menos, una ocupación y ejercicio ilegítimo del poder.

El profesor parisino *Esmein,* propugna el sistema mayoritario enfrente del proporcional, con varias razones.

a) El principio mayoritario es una idea simple, sencilla, que se impone de primer golpe.

Pero por ser sencilla ¿es también verdadera? También es sencilla la idea proporcionalista, como fundada en el principio de sentido común *suum cuique,* con la inmensa ventaja, sobre el mayoritario, de ser, al mismo tiempo, justa, cualidad que se echa de menos en el sistema mayoritario.

b) Con el sistema electoral mayoritario, añade Esmein, se consigue también una *representación proporcional* por las *compensaciones* naturales que ha de haber en el conjunto del mapa nacional. Lo que pierdan las minorías en algunas circunscripciones, ganarán en otras.

Pero la experiencia prueba lo contrario: o que no hay compensación o no existe en la medida justa y suficiente.

c) Insistiendo en el mismo punto de vista, se arguye que las minorías que tuvieran algún arraigo en el país, siempre habrían de lograr alguna representación para hacer oír su opinión y expresar su voto. Pero esta consideración no ha de valer mucho para los que están convencidos de que, en las Asambleas modernas, la decisión no se toma por la fuerza de las razones expuestas, cuanto por el peso bruto del número de votos. Y la mayoría que se forma por el sistema mayoritario es ficticia, no es verdadera, como hemos visto.

---

1 Véase también ORBAN: Op. cit., t. II, nn. 32 y ss.; GÜENECHEA: Op. cit., t. I, c. XIII.

3. Sistema de representación proporcional: noción. — Es el que tiende a regular las operaciones electorales de forma que la representación elegida esté en exacta correspondencia, en cuanto cabe, con los votos de los electores, y en proporción con la fuerza que cada candidato o partido tiene en el distrito y circunscripción en que se verifican las elecciones. En el régimen de las mayorías ocurre que la mayoría, aun exigua, y, como hemos visto, a veces hasta la minoría, se lleva toda la representación y no deja nada a las minorías. Por la representación proporcional, mayorías y minorías, en cuanto es posible, obtienen la representación que les corresponde. Así, en un distrito en que se eligieran 5 diputados, la representación proporcional adjudicaría a la opinión o partido que contara con las tres quintas partes de los votos del distrito, tres representantes; y al partido que reuniese una quinta o dos quintas partes, otorgaría uno o dos representantes, respectivamente.

Expuesta así la noción de la representación proporcional, en la sencillez de sus elementos esenciales, se impone a la mente con la fuerza ineludible de toda idea justa y equitativa. Porque si se trata de reunir la representación más exacta de la nación, para que la gobierne en su nombre, ya se considere esa representación como imagen perfecta de la sociedad, ya sea como imagen de la confianza del país, la más elemental razón de justicia distributiva exige, como dice *Orlando,* que si, por ejemplo, deben elegirse 5 representantes y 3.000 electores votan por los que siguen la tendencia A, y 2.000 los que simbolizan la opinión B, al grupo A corresponden 3 representantes y al grupo B dos.

4. Notas históricas. — "La representación proporcional entraña una fuerza tal de lógica que la mayor parte de las nuevas Constituciones la han adoptado." Y así era la verdad en la fecha en que lanzaron al público la nueva edición de su *Tratado de Derecho Constitucional* los Profesores Barthelemy y Duez en 1933, y refiriéndose a las nuevas Constituciones que se dictaron después de la guerra de 1914-18. Pero esa tendencia favorable al sistema proporcional no se ha manifestado en las Constituciones novísimas posteriores a la guerra 1939-45.

Suiza y *Bélgica* fueron las primeras naciones que abrieron sus puertas a la representación proporcional. La infiltración proporcionalista comenzó en los Cantones, siendo los primeros en admitir el siste-

ma Neuchatel y Tessino (1891). La *Confederación* suiza rechazó, en otros tantos referéndums, varios proyectos de implantación, hasta octubre de 1908 que aceptó el sistema.

Bélgica comenzó a ensayarlo en las elecciones municipales (1895), aplicándolo ya a las elecciones políticas en 1899.

Fueron siguiendo el mismo rumbo otras naciones como Wurtemberg, Suecia, Alta-Austria, Portugal (en 1911), etc.

Pero la marea adquirió proporciones arrolladoras después de la guerra mundial, en las reformas constitucionales que siguieron a ella. Implantaron la representación proporcional *Dinamarca* (1915), *Holanda* (1917), la República alemana de *Weimar* (1919), *Austria* (1920), *Polonia* (1921), *Yugoeslavia* (1921), *Checoeslovaquia* (1921), etc.

En *Inglaterra* y *Francia* las propuestas de implantación fallaron. En *Inglaterra* totalmente; en *Francia,* con una transacción poco eficaz. Los candidatos que logren mayoría son preferidos; queda la proporcionalidad, en el segundo turno, para los que no la alcanzaron.

Pero la marea proporcionalista se ha detenido después de la segunda guerra mundial. Ni *Francia,* ni *Italia,* en su renovación constitucional, han dado paso a la representación proporcional, limitándose sus nuevos Estatutos a establecer el sufragio universal, directo, desapareciendo la exigencia constitucional de la proporcionalidad. (Francia, art. 6 e Italia, art. 56.) Lo mismo digamos de Rusia y sus satélites del otro lado del telón de acero; y de los países americanos encabezados por los Estados Unidos de Norteamérica.

5. Adversarios y defensores.[1] — *a*) Los defensores de la representación proporcional se apoyan principalmente en el argumento de justicia que hemos indicado ya al exponer la noción misma de la institución y en el que no es necesario insistir de nuevo.

Además, si la opinión del país está dividida, como es lógico que lo esté en el sistema de las libertades democráticas, para que el Parlamento, en nombre y representación de la nación, tome sus resoluciones, menester será que, en él, estén repre-

1 Nuestra preferencia por el sistema de la representación proporcional exige una previa advertencia, y es que examinamos el problema en la hipótesis o dentro del régimen democrático liberal con sufragio universal, hoy en boga en la inmensa mayoría de los países civilizados. Pero, a nuestro juicio, expuesto ya en páginas anteriores, el sufragio universal igualitario entraña una injusticia y es perjudicial al buen gobierno. Y de esos inconvenientes no se libra la representación proporcional de la que aquí sólo se trata en su comparación con el régimen de las mayorías y en el cuadro del régimen democrático liberal con sufragio universal.

sentadas las varias opiniones de la nación, y no sólo la opinión de la mayoría, que, en realidad y con demasiada frecuencia, es de una minoría.

b) Por lo demás las objeciones directas contra la representación proporcional no debilitan su posición firme.

Poco valor tiene la consideración que se le opone de que es un sistema complicado; la experiencia de las varias naciones que pacíficamente lo aplican lo desmiente categóricamente.

c) La idea de la proporcionalidad, insisten otros, no es admisible para la formación de las Asambleas; éstas no pueden fundarse más que en la idea de la *mayoridad*. Porque siendo su principal función la de fallar y decidir, la decisión no brota más que aplicando la ley de las mayorías.[1]

Oculta ese raciocinio un equívoco y un error. Las decisiones las toman las Asambleas ya constituídas y formadas — y las toman, naturalmente, por mayoría. — Pero las elecciones no tratan tanto de tomar una decisión, cuanto de formar una representación lo más aproximada posible de la sociedad; y a esa representación es a la que, después de formada, toca tomar decisiones.

d) Hace hincapié el Profesor *Esmein*, en los efectos perturbadores que la representación proporcional lleva al ritmo normal de la vida política. Porque facilita y fomenta la variedad múltiple de los partidos, y, por lo tanto, de las minorías, con el consiguiente aumento de su influencia y poder; hace casi imposible la formación de Gobiernos homogéneos y estables, a los que sustituyen los de coalición de distintos partidos, débiles e inestables por su propia naturaleza, y por el blanco que ofrecen en el sistema parlamentario a los continuos ataques de las minorías.

Este raciocinio no tanto ataca a la representación proporcional, cuanto a la base misma del régimen liberal democrático. Las minorías, en su variedad de opiniones y de grupos, están legítimamente representadas en las Cámaras a tenor de los cánones y postulados de la democracia liberal y del sufragio universal. Y de ahí proceden naturalmente la inestabilidad y perturbaciones de los Gobiernos.

6. Pocedimientos para obtener la representación proporcional. — El cociente electoral sirve de fundamento a diversos procedimientos electorales, cuyo objeto común es obtener una representación proporcional. Supone siempre circunscripciones o colegios plurinominales. El cociente electoral se obtiene dividiendo el

1 Véase VIDAL: *La représentation proportionnelle*, pp. 37 y 38.

número de electores por el de representantes; el número que resulta es el llamado *cociente electoral,* e indica los votos suficientes y necesarios que ha de obtener todo candidato para ser elegido representante. "Supongamos un distrito electoral que tiene que elegir 6 diputados, y formado por 30.000 votantes. El cociente electoral será 30.000 : 6; es decir, 5.000; el candidato que reúna a su favor esos 5.000 votos, es elegido diputado.

Suele, muy frecuentemente, presentarse este sistema bajo la forma denominada de *doble cociente* o *concurrencia de listas.* Llámase de doble cociente porque, en realidad, se forman dos cocientes; y de concurrencia de listas, porque van a la lucha, no los candidatos aislados, sino los partidos, cada uno de los cuales presenta *su lista* de candidatos que pretende sacar triunfantes.

El primer cociente se deduce dividiendo el número total de votantes por el de representantes que hay que elegir. El segundo, dividiendo el número de votos que reúna cada partido, por el cociente anterior, y dará el número de diputados que corresponde a cada partido. Pongamos un ejemplo: son 7.000 electores y 7 los representantes que hay que elegir. De los partidos en lucha obtienen: el partido A. 4.000 votos; el B, 2.000 y el C, 1.000. El cociente electoral nos da 7.000 : 7 = 1.000. Dividiendo por esta cantidad el total de votos que ha reunido cada partido, resulta que corresponden al partido A, 4 diputados; al B, 2 diputados y al C, 1 diputado.[1]

Realizada así la operación sobre el papel y en números redondos, sirve para hacer comprender la verdad y justicia del principio del cociente electoral. Pero, en la práctica, la operación no se presenta en términos tan sencillos. Por de pronto, el número de votantes reales (que es uno de los elementos para deducir el cociente), no se puede determinar hasta después de hecha la elección; porque, prácticamente y por múltiples razones, no todos los inscriptos en el censo votan. Además, los votos que obtiene a su favor cada lista o candidato, no suele ser nunca, en número exacto, el cociente electoral o un múltiplo del mismo. Por ejemplo, en el caso anterior el partido A no reunirá 4.000 votos exactamente, sino un poco más, v. gr., 4.564, sin llegar por eso a 5.000. De suerte que a ese partido le sobrarán algunos votos para sus 4 elegidos; mientras que esos votos sobrantes le faltarán al partido C, que no llegará a juntar los 1.000 necesarios del co-

[1] Por el régimen de las mayorías, toda la representación la hubiera copado el partido de 4.000 votos, aun en el caso de que hubiese reunido sólo 3.000 y los otros a cada 2.000.

ciente, quedando por eso sin representación; y en total quedarán elegidos 6 en vez de 7. Para obviar estos y otros inconvenientes prácticos, y dar a estas dificultades una solución a la vez justa y sencilla, se han ideado varios sistemas.[1]

7. Sistema Andrae-Hare y D'Hont. — El primer sistema lo propuso el Ministro de Hacienda danés Andrae y lo expuso, con algunas variantes, el inglés Tomás Hare en su *Tratado sobre la elección de los representantes* en 1857.

Según HARE, toda la nación forma un colegio único, y la cifra necesaria para ser elegido representante se obtiene dividiendo el número total de electores de la nación, por el de representantes que hay que elegir. Cada elector escribe en su papeleta, en orden de preferencia, a tantos candidatos como diputados hay que elegir. Si son 100.000 los electores y 100 los diputados que hay que elegir el cociente, será 1.000; todos los que reúnan 1.000 votos serán elegidos diputados.

El escrutinio comienza leyéndose los nombres que aparecen a la cabeza de las listas. Cuando un candidato haya reunido los votos requeridos del cociente, es proclamado diputado; y cuantas veces aparezca después su nombre en primer término, se aplican sus votos al candidato cuyo nombre figura en segundo lugar, y así sucesivamente. Ocurrirá, a pesar de esto, que después que algunos candidatos hayan obtenido el cociente electoral, otros no lo hayan obtenido, sin que por eso se cubran todos los puestos de los representantes. Para este caso proponía Hare que fuesen elegidos representantes, hasta llenar todos los puestos, los que en la misma elección hubiesen obtenido mayoría relativa.[2]

---

1 El cociente electoral puede determinarse también por otro procedimiento. En el que hemos expuesto, se fija dividiendo el número de electores en cada circunscripción por el número de representantes que hay que elegir. Puede, por lo tanto, resultar distinto, en cada circunscripción, el número de los electores y el cociente electoral; y éste no se conoce antes de la elección. Por el sistema del *cociente uniforme*, éste es igual para todas las circunscripciones de la nación, y se conoce de antemano antes de las elecciones. Y se señala, con una aproximación conveniente, y cuantas veces lo alcancen los partidos, en toda la nación, se le asignan otros tantos representantes: v. gr. 15.000 o 25.000 votos. Lo implantó la República alemana de Weimar.

2 Según Andrae, la nación no forma un solo colegio sino varios. Se empleó el sistema para la constitución de la Alta Cámara de Dinamarca (1855).

Como inconvenientes de este sistema se aducen: 1.º) que formando toda la nación un solo colegio, las operaciones escrutadoras han de ser complicadas y largas, y, por lo tanto, muy expuestas a fraudes; 2.º) el que puede deberse al azar el que sea elegido uno u otro diputado.

SISTEMA DE M. D'HONT. — Es una aplicación ingeniosa del doble cociente. Tiende a que, en cada elección y con los datos concretos que ella aporte, salga por una operación aritmética sencilla, el cociente electoral; pero de forma que se cubran todos los puestos que hay que elegir, y se adjudiquen a cada lista los representantes que, en justicia, le corresponden. Denomínase el método de la *cifra repartidora*. La cifra repartidora es el cociente electoral, y se llama así porque reparte a cada lista el número de representantes a que tiene derecho; tantos cuantas veces los votos que reúna cada lista contengan la cifra repartidora. Veámoslo.

Verificada la elección, se dividen por 1, 2, 3, 4 y 5... el número total de votos que obtiene cada lista; y los cocientes que resultan de esas divisiones se colocan por orden de importancia numérica. Supongamos que se trata de un distrito que elige seis diputados y en el que luchan tres partidos, que reúnen 44.235 votos divididos en la siguiente forma:

el partido	A	obtiene	13.550	votos.
"	B	"	24.465	"
"	C	"	6.220	"

Efectuemos la división de estas cantidades por 1, 2, 3, 4, 5... y resulta:

Lista A	Lista B	Lista C
13.550	*24.465*	*6.220*
6.775	*12.232*	3.110
4.516	*8.115*	2.073
3.387	6.116	1.555
2.710	4.893	1.244

Subrayamos los cocientes por orden de importancia, hasta el número de 6, que son los diputados que hay que elegir. El cociente menor, 6.220, es la cifra repartidora (el cociente electoral); y cuantas veces esté contenida esa cifra en el total de

votos que ha reunido cada partido, otros tantos representantes le corresponden; a la lista C le corresponde un diputado; a la lista B tres, y a la lista A dos.

8. Aprovechamiento de residuos. Libertad del elector. — Al sistema propuesto por M. D'Hont se suelen achacar principalmente dos defectos: *a*) que en cada circunscripción ha de quedar un residuo de votos que no se aprovechan, con detrimento, sobre todo, de las pequeñas agrupaciones y partidos; y *b*) que obligándose a los electores a votar toda la lista, se coarta su libertad: la de aquellos que desearían, quizá, borrar alguno o algunos nombres de la lista o incluir otros de su mayor preferencia.

Respecto al primer punto, porque si bien los residuos de votos que a una lista le sobran en una circunscripción no fueran suficientes para llegar al cociente electoral, pudiera ocurrir que, reunidos los restos que a un partido le han quedado en varias circunscripciones, llegaran a reunir una o varias veces el cociente electoral. Para evitar esas pérdidas, la ley electoral alemana (abril 1920) proponía:

1) No se fija de antemano el número de representantes que se deben elegir en proporción al número de electores inscriptos o de habitantes; sino se conceden a las circunscripciones un número de representantes en proporción al número de votantes, al número de votos que reúna, fijado de antemano el cociente electoral; es decir, por ejemplo, un representante por cada 10.000 votantes.

2) A cada partido se adjudican, en cada circunscripción, tantos representantes cuantas veces su lista haya reunido el cociente electoral.

3) Los residuos que cada partido tiene en diversas circunscripciones de la nación, se reúnen; y esa suma de votos se lleva a otra lista de candidatos de toda la nación que representa cada partido, y cada uno recibe tantos puestos cuantas veces la suma de sus residuos contenga al cociente electoral (que puede ser un poco más reducido que el de la lista primera).[1]

---

1 Cabe todavía otra más detallada aplicación del mismo principio. Se establecen: lista de circunscripción, lista de uniones de circunscripciones, y lista de toda la nación. Los residuos de la primera lista se llevan a la segunda; los que aún quedaren de la segunda, a la tercera...

Tiende, por lo tanto, el sistema al máximum de aprovechamiento de votos. Pero ofrece, además, otras ventajas. Porque inutiliza la creación o modificación artificial de distritos electorales, hecha con el fin de agrupar o dividir masas de electores atendiendo a miras partidistas. Y, automáticamente, sin aguardar determinaciones administrativas o legislativas, que no vienen o se retardan o se falsean, cada región, cada distrito recibe el número de representantes que le corresponde, aumente o disminuya su población electoral en el curso de los años.

De manera similar, y con el mismo fin de aprovechar los residuos, la ley electoral (29 febrero 1920) de Checoeslovaquia estableció para un segundo escrutinio una "Comisión electoral Central". A esa Comisión había de enviar cada partido una lista nacional de candidatos no elegidos en el primer escrutinio y la Comisión determinaba un "cociente electoral" dividiendo el número total de votos no aprovechados en el primer escrutinio, por el número total de puestos no provistos, *más uno*. Cada lista nacional tenía derecho a tantos representantes como veces contenía el cociente nacional.

Para obviar los inconvenientes del segundo reparo, es decir, de la obligación impuesta a los electores de votar la lista completa, las legislaciones han ideado varios remedios, como el de permitir votar la lista completa o incompleta, la mezcla (panachage), facultad de agregar a la lista nombres de otras listas — señalar *preferencias* en favor de algunos candidatos — ordenar esas preferencias, etc. Así el sistema suizo permite al elector votar la lista completa; borrar el nombre de algunos candidatos; intercalar en una lista candidatos de otra; acumular votos en algunos candidatos (Ley de 14 de febrero de 1919).

9. Sistemas intermedios: voto restringido, voto acumulado, primas a las mayorías. — Llamamos sistemas intermedios a aquellos que, abandonando el sistema mayoritario riguroso, tampoco se acomodan al de estricta proporcionalidad. Uno de esos sistemas es el del *voto restringido*.

VOTO RESTRINGIDO. — Cada elector no tiene derecho a emitir tantos votos cuantos sean los representantes que hay que elegir, sino uno menos, dos menos, tres menos, etc... según vaya creciendo el número de los que hay que elegir; de ahí su nombre. Es un sistema intermedio, porque no es el sistema mayoritario riguroso, como es evidente; ni tampoco es sistema de estricta proporcionalidad, según hemos visto en páginas anteriores. Tiene por fin evitar la manifiesta injusticia que en sí lleva el sis-

tema mayoritario de excluir totalmente a las minorías, a las que concede algún puesto. Pero no consigue más que atenuar un poco el mal, porque no concede participación a todas las minorías, en caso en que hubiera varias, y la participación otorgada está restringida *a priori*, no siendo proporcional a la fuerza que que representen en el país.

Fué propuesto el sistema en el Parlamento inglés por Grey en 1836, por Lord Rusell en 1854, por Lord Cains en 1867, y aplicado desde esta fecha en 12 colegios que nombran a tres representantes. También se ha aplicado el sistema en Portugal, Brasil, Italia, República Argentina.

Adoptado en España desde la ley electoral de 1890, se aplicó para las elecciones de diputados a Cortes, de concejales y diputados provinciales.

VOTO ACUMULADO. — Al elector se le conceden tantos votos como representantes hay que elegir y la facultad de distribuirlos entre ellos como mejor le parezca. Puede, por lo tanto, dar un voto a cada representante, todos los votos a uno o distribuirlos en otra forma.

Este sistema tiende, no sólo a dar alguna representación, sino la proporcional a los partidos. Si en un distrito de 100.000 electores se eligen cuatro diputados, la minoría equivalente a la cuarta parte del distrito tiene asegurado el cuarto puesto. Porque reuniendo los cuatro votos de la cuarta parte, es decir, de 25.000, juntan 100.000 votos; y en el distrito, restados esos votos, no puede haber más que tres que reúnan otros 100.000.

Suele oponerse, al sistema del voto acumulado, el defecto de ser de resultados muy aleatorios y de sorpresas desconcertantes, si no hay verdadera disciplina y organización en los partidos.

Se empleaba el voto acumulado en la Colonia de Cabo, para la elección de la Alta Cámara desde 1853; en el Estado de Illinois, desde 1870, para las elecciones parlamentarias y municipales; en el Cantón suizo de Zug y en Chile, desde 1890; Chile utilizó el sistema, primero para las elecciones de diputados y senadores, y desde 1906 también para las elecciones municipales.

PRIMAS A LAS MAYORÍAS. — Es una mezcla del sistema mayoritario y proporcional, y un sistema de transacción. Lo implantó Francia por la Ley de 12 de julio de 1919.

Todo candidato que, en el primer escrutinio, obtenga la

mayoría absoluta, es proclamado representante dentro de los límites de los puestos elegibles. Pero si, en este primer escrutinio, no se cubren todos los puestos, los restantes se reparten *proporcionalmente* al número de sufragios obtenidos por cada lista. Para lo cual, la Junta del Censo: *a*) determina un cociente electoral, dividiendo el número de votos emitidos, por el de representantes eligendos; *b*) y determina también un término medio de cada lista, dividiendo el número total de votos que ha reunido por el número de sus candidatos. Esto supuesto, reparte los puestos en la siguiente forma: 1.º Adjudica a cada lista tantos puestos cuantas veces su término medio contenga el cociente electoral. 2.º Si aún quedan puestos que proveer, se adjudica a la lista que represente el *término medio mayor*.

El procedimiento francés, en el fondo, no es sino el sistema mayoritario, con la apariencia de una concesión proporcional. Por lo tanto, sin obtener ninguna de las ventajas de la proporcionalidad, ofrece todos los inconvenientes del sistema de las mayorías, acrecentados con una mayor complicación.[1]

---

1 De intento y para mayor claridad y sencillez hemos omitido en este capítulo muchos pormenores y aun sistemas de los procedimientos electorales. Nos hemos limitado a resaltar los rasgos fundamentales de los tres tipos a los que se pueden reducir los sistemas: el de las mayorías, el proporcional y los intermedios. Para más detalles es necesario consultar cada legislación y obras especializadas.

SECCIÓN SEGUNDA: LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

CAPÍTULO PRIMERO

SUMARIO: 1. La función legislativa es esencial a la soberanía. — 2. Su preeminencia en relación con las demás funciones soberanas. — 3. La ley: nociones previas. — 4. Definición de la ley. Sus condiciones esenciales. — 5. Error de algunos juristas modernos. — 6. La ley en sentido formal y en sentido material. — 7. El recto ejercicio de la función legislativa. Condiciones indispensables: conocimiento previo; deliberación. — 8. Cuadro esquemático de los diversos tipos de organización legislativa.[1]

1. La función legislativa es esencial a la soberanía. — En el cap. I, sec. 1.ª de este libro, distinguíamos las tres funciones de la soberanía, distintas entre sí y esenciales al poder soberano: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Esta clasificación, aunque entendida de diversa manera y combatida bajo diversos aspectos, es, sin embargo, aceptada por todos los autores y Constituciones, y, por lo tanto, ofrece más ventajas que otra alguna para la exposición de las modernas doctrinas políticas y el análisis del derecho público positivo. Entramos, pues, con este capítulo en el estudio de la función legislativa; función no sólo esencial al poder soberano, sino que, entre las demás, ocupa un lugar preeminente, como se comprenderá analizando su fin y examinando su objeto.

Porque si compete a la autoridad suprema de la sociedad, en nombre del supremo Ordenador de las cosas, conservarla en su ser, manteniendo la unidad moral y conexión armónica de sus miembros y fomentar su prosperidad y conducirla, eficaz y

---

1 SUÁREZ: *De Legibus*, l. I, cc. II (nn. 2 y 12) y XII; GÜENECHEA: *Principia juris politici*, vol. II, cc. XVII y XVIII; DAVIN: *Doctrina general del Estado*, nn. 154 y ss. (Jus-México, 1946); JOSÉ CORTS: *Principios de Derecho Natural* (Editorial Nacional, 1944); KELSEN: *Teoría general del Derecho*, pp. 302 y ss.

constantemente, a la consecución de sus fines, nada más indispensable, para conseguirlo, que abrir el cauce por donde ha de correr ordenada la vida nacional y dictar las normas convenientes para regularla. Esas normas constituyen la *legislación.*

Por eso, no ha existido sociedad humana civil, por poco que haya avanzado en la civilización y haya sabido mantener la cohesión indispensable para conservarse en su ser y vida, que haya carecido de leyes y de la autoridad y prestigio moral suficientes para declararlas e imponerlas. Y es que no basta, para la ordenada realización de los fines sociales humanos, la legislación natural, las normas de derecho natural que el Creador ha depositado en el corazón de los hombres. Porque esas normas, por su generalidad y por las pasiones humanas que las oscurecen con frecuencia, necesitan, aquí en la tierra, de una declaración oficial y positiva; necesitan de múltiple y variadísimo desenvolvimiento; necesitan de una sanción conveniente, humana y temporal. Y todo eso tan sólo puede conseguirse por la legislación positiva emanada de la autoridad suprema civil.

En efecto, las normas de derecho natural, impresas por el Creador en el corazón de los hombres, en cuanto evidentes, universales e incontrovertibles, son pocas y quedan en cierta abstracta generalidad, que las hace inadecuadas para dirigir en la práctica la vida de los pueblos. Más que preceptos concretos de la vida social, son a manera de faros o direcciones supremas que ha de tener ante los ojos el legislador humano para dar con el rumbo seguro de su actuación legislativa.

Además, de los supremos preceptos de derecho natural se deducen lógicamente consecuencias inmediatas unas, remotas otras, que para que sean eficazmente aplicadas, es menester que la autoridad humana las acepte, las imponga oficialmente y las sancione. Porque la deficiencia humana, en medio de la lucha de encontrados intereses y de las perturbaciones pasionales, pudiera desconocerlas o interpretarlas mal y aun violarlas abiertamente.

Por último, el gobierno y prosperidad de los pueblos exigen multitud de normas y decisiones prácticas, en materia que no pugna con el derecho natural y que queda fuera de sus leyes preceptivas o prohibitivas. Por lo mismo, sólo la razón humana, en cada momento histórico, y apreciando las especiales circunstancias de civilización, de lugares y tiempos, puede y debe determinarlas y luego imponerlas con carácter obligatorio, sancionando su observancia con penas exigibles con eficacia y verdad. Y esa materia, por la complejidad cada día más

acentuada de la vida moderna, va ensanchándose desmesuradamente. Así, dentro del principio fundamental del derecho de propiedad privada, caben infinidad de aplicaciones diversas, todas ellas rectas y legítimas, respecto de la actuación del derecho, formas de su ejercicio y limitaciones que imponga el bien común. De la misma manera, supuesta la necesaria y legítima existencia de un poder supremo humano que rija la sociedad política, surgen variadísimas formas de concreción de ese poder, que la mente humana puede excogitar y las circunstancias históricas aconsejar; todas ellas lícitas, aun las más opuestas en su estructura, puesto que todas ellas pueden ser capaces de llenar el destino propio del poder supremo, que es el de conducir a los agregados políticos a su prosperidad temporal. He aquí, por consiguiente, la absoluta necesidad de la función legislativa positiva, sin la cual la autoridad suprema de un país ni siquiera se concibe.

2. Su preeminencia con relación a las demás funciones soberanas. — Dedúcese de lo dicho que la función legislativa es, entre las esenciales de la suprema autoridad, la primaria: *principalem actum regis*,[1] como la llama Santo Tomás. Puesto que las otras funciones han de quedar siempre en situación subordinada con relación a la legislativa; porque, en último término, han de dirigir su actividad por el cauce señalado por las leyes, exigiendo su cumplimiento y castigando sus violaciones. Por lo mismo, en el régimen político en que las facultades soberanas están como repartidas entre varios órganos, el criterio objetivo más acertado para conocer la residencia efectiva de la soberanía, es el de investigar la residencia de la facultad legislativa.

La razón es que la potestad de imponer normas obligatorias a la sociedad, no se concibe más que en aquel que tenga autoridad sobre todos los miembros de la sociedad; y esa potestad no se da entre iguales, donde no existe razón suficiente del mando en unos, ni de la sujeción en los otros. Es menester, por lo tanto,

---

1 Al tratar, en este lugar, de la preeminencia de la función legislativa, nos referimos a un problema distinto del que, en páginas posteriores (sec. 3.ª, c. 1), hemos de tocar sobre la naturaleza y órganos del llamado poder ejecutivo. Aquí nos referimos al acto legislativo en sí, como manifestación de la autoridad soberana y en comparación con las otras actividades de ejecución y de juzgar.

La desgraciada y mal interpretada división de poderes de Montesquieu, con la adjudicación de esas actividades a diversos órganos, ha enmarañado, inútilmente, y con perjuicio de la claridad y precisión, el problema de la soberanía, de sus funciones y órganos.

acudir a aquel supremo poder que Dios, según vimos en el libro primero, deposita naturalmente en el seno de la sociedad política, como elemento esencial de su vida y desarrollo.

Aun los que siguen aferrados a la teoría de la separación e igualdad de los tres poderes, no dejan de reconocer la supremacía de la función legislativa sobre las demás; es decir, su posición preeminente sobre las otras funciones y atributos de la soberanía.

"Es inevitable, dice Esmein, que uno de los poderes tenga preponderancia sobre los otros, y el tal poder es el legislativo. Ello es así, porque, por medio de las leyes que él hace, regula los otros poderes; y, también, y sobre todo, porque siendo él, en todos los países libres, el que fija y vota el presupuesto, tiene en sus manos la facultad formidable de detener la acción misma de todos los poderes y de todas las funciones."[1]

3. La ley: nociones previas.[2] — La ley es una necesidad de la creación. Por eso la ley se manifiesta ante nuestros ojos en el orden magnífico con que la Creación se mueve y en la manera admirable con que se desarrolla nuestra propia naturaleza. Ello denuncia alguna especie de norma, alguna ley por la que se rigen todos los seres.

Pero esa norma, según actúa en unos u otros seres, es diversa y recibe distintos nombres. A nosotros nos interesa la norma por la que se rigen los seres racionales y libres, como son los hombres y como son las sociedades de hombres.

Bajo este aspecto, hemos de comenzar poniendo nuestra atención en primer lugar en la llamada *ley eterna.* La define S. Agustín diciendo que es "la razón y voluntad divina que manda guardar el orden natural y que prohibe perturbarlo". En donde, por orden natural, entiende el Doctor africano el orden que, impuesto por Dios, brilla en toda la creación, en la naturaleza toda.[3]

Esa ley es *divina* por cuanto radica en la mente de Dios; y

---

1 ESMEIN: Op. cit., P. 1.ª, tít. II, c. III. Véase, también, en el mismo sentido, a MADISON en el *Le Fédéraliste,* n. 48 (edición francesa de Giard); y ORBAN: Op. cit., t. I, n. 243; JEAN DAVIN: *Doctrina general del Estado,* nn. 154 y ss. Edic. Jus. Mexico, 1946.

2 V. GÜENECHEA: *Principia juris politici,* t. II, cc. XVII y XVIII. Roma, 1938.

3 *Contra Faustum,* l. 22, c. 27.

es *eterna,* como es toda la vida divina. Por eso, al decir que existe una ley eterna, se afirma que Dios dicta e impone a todos los seres una norma, una ley según la cual han de dirigirse a sus fines. Y como esa ley abarca a todas las criaturas — inteligentes y no inteligentes — se ha de manifestar en cada una de ellas de diversa manera, según su naturaleza peculiar. En los seres no inteligentes se manifiesta por un impulso físico y necesario, como en los minerales y plantas. En las criaturas inteligentes, como es el hombre, por un impulso moral que implica conocimiento y obligación.

Ahora bien, existe en Dios una norma, una ordenación que su inteligencia concibe y su voluntad impone a todos los seres, y, según la cual, éstos se dirigen a sus fines. Así lo exigen la perfección de la sabiduría divina y su santidad, que quedarían como en entredicho si, al excogitar y sacar a luz los seres que forman la Creación, no les impusiera un fin acomodado a su naturaleza o les negara los medios necesarios para llegar a él. Todo ello, además, queda espléndidamente confirmado por el orden inefable que reina en el universo todo, admiración de todos los sabios y objeto perpetuo de sus afanosas investigaciones.

* * *

Esa ley eterna se manifiesta también en los hombres, en la forma adecuada a nuestra naturaleza inteligente y libre, por la que recibimos el impulso hacia nuestros fines propios. A esa manifestación se refería el Doctor Angélico al decir que "la participación de la ley eterna en la criatura racional se llama *ley natural*".[1]

En efecto, tiene el hombre conciencia de una regla que su inteligencia naturalmente comprende, regla que le dicta que ha de obrar el bien y ha de evitar el mal. Por eso, definen los autores la ley natural, diciendo que la constituyen los dictámenes de nuestra razón que nos muestran que hemos de hacer el bien y evitar el mal. En consecuencia, aquella razón y voluntad divina que mandan observar el orden natural y prohiben su violación, en cuanto son conocidas por la luz de la razón humana

---

1 Véase sobre esta materia el breve y jugoso Tratado *Principios de Derecho Natural,* del Profesor de la Universidad de Valencia, JOSÉ CORTS. Gran Editora Nacional, 1944.

y son aplicables al hombre, se llama ley natural. O, en otras palabras, la ley natural son esos dictámenes de nuestra razón que nos enseñan lo que hemos de hacer o no hacer, por ser ello conforme o disconforme con la naturaleza racional, en todas nuestras relaciones con Dios, con nosotros mismos y con nuestros semejates. A ello se refirió Cicerón en varios pasajes de sus obras con aquella elocuencia peculiar de su palabra oral o escrita. "Existe una verdadera ley, escribió en su libro *De república* (Lib. III), que es la recta razón, acomodada a nuestra naturaleza, difundida entre todos los hombres, constante, perpetua, que mandando nos llama al deber y prohibiendo nos aparta del crimen."

Constituyen esa ley los dictámenes prácticos impresos por Dios en la conciencia humana por ley de naturaleza, y que, por eso, se dicen participación, eco o pregón de la ley eterna. Así parece desprenderse de lo que antes hemos dicho. Puesto que no puede concebirse a Dios — Creador y gobernador de los seres — sin que a todos ellos, en especial a los seres racionales, no los dirija eficaz y convenientemente a su fin.

Ahora bien: lo conveniente al hombre, que es de naturaleza racional y libre, es que se le conduzca a su fin, no por impulso físico que le fuerce, lo que es propio de seres ininteligentes, sino con un impulso moral, que, dejando intacta la libertad, se fragua en el conocimiento y la obligación. De esa manera, lo que vemos en los demás seres inferiores que son movidos por un impulso conforme a su naturaleza, se cumple también en el hombre. Y puesto que se trata de conseguir un fin natural, es obvio que los medios para conseguirlo sean también naturales.

Por esa misma causa, si nuestra razón se interrogase a sí misma o interrogase a la voz que se oye en nuestra conciencia imponiéndonos una actitud para el bien y para el mal, por qué títulos, en nombre de quién impone esa obligación, seguramente que no le podría decir que en nombre propio de la misma razón, de la misma conciencia. Porque la imposición de una obligación sólo puede proceder de una superioridad reconocida, que no se encuentra en el mismo hombre, ya que no puede ser superior y súbdito a la vez. Hay que acudir, para dar con ella, a la voluntad creadora y ordenadora de Dios.

Pero no basta para el buen régimen de los hombres y de las sociedades humanas ni la ley eterna ni su participación en las conciencias, es decir, la ley natural. Porque la ley natural sólo dicta a la conciencia ciertos preceptos universales, muy generales, dejando, dentro de

ellos, ancho campo a la iniciativa y libertad humanas para vivir y desarrollarse.

Uno de esos preceptos naturales es el que impulsa al hombre a vivir en sociedad — en la familia, en el municipio, en la nación — en la *sociedad civil.* Pero ¿en cuál? ¿Bajo qué normas? ¿Bajo qué autoridad? ¿Con qué dependencias? He aquí lo que Dios ha dejado a la libre determinación de los hombres. Lo que no quiere decir al libre capricho humano, sino a su recto juicio y comprensión de las cosas, dentro de las líneas generales marcadas por el derecho natural. Para ese fin, Dios, que ha dado al hombre un impulso natural para vivir en sociedad civil, ha otorgado también a esa sociedad, entre otros medios, como lo vimos más ampliamente en el Lib. 1.º, la autoridad civil a la que corresponde dictar las normas necesarias y convenientes para que el hombre pueda vivir en sociedad pacífica y seguramente y con los medios indispensables para su perfeccionamiento, es decir, para el bien común.

Esas normas son las leyes civiles (entendida la palabra civil en sentido amplísimo) y al conjunto de ellas *Derecho civil positivo.* Derecho, en cierto sentido, divino, en cuanto que originariamente procede de Dios; *humano,* en cuanto que inmediatamente procede de una autoridad humana; y *positivo,* porque, procediendo de la libre voluntad del legislador humano, no se puede conocer por la sola razón natural. Es necesario que, por medios externos, se proclame y se promulgue.

Ahora bien, ese derecho humano positivo es necesario. Porque, lo hemos dicho poco antes, para la buena gobernación de los pueblos, no basta el derecho natural. La complicadísima vida social, para que discurra ordenada y próspera, requiere una regulación clara, precisa, justa y copiosa; por las múltiples actividades humanas que ha de regir, por las variadísimas circunstancias a que tiene que acomodarse, por los diversos y aun opuestos intereses que ha de coordinar, por las pasiones que ha de reprimir, deficiencias que ha de remediar, etc. Para lograr esos extremos no bastan los preceptos de la ley natural, pocos y muy generales, al menos en cuanto conocidos por todos los hombres. Muchas facetas de la vida social, v. gr., régimen económico, industrial, agrario, tributario, defensa nacional, etc., han de quedar encomendadas a la libre ordenación humana.

Finalmente, la ley civil, para su eficacia, requiere alguna sanción, y sanción humana y temporal. Y, como a ella no provee la ley natural, recae esa misión en la ley positiva. Por eso se

dice que la ley positiva viene a aclarar, a determinar, a completar la ley natural.

De todo lo cual se desprenden dos consecuencias que no conviene dejar nunca en olvido. Primera, que no debe haber contradicción entre la ley natural y la positiva, y que ésta ha de moverse, siempre, dentro del cauce abierto por aquélla. La armonía entre las leyes natural y positiva, como procedentes ambas de un mismo origen supremo y enderezadas a un mismo fin (la regulación humana), ha de ser perfecta. Ahora bien, no cabe deficiencia en el autor principal y originario de esas leyes, que es Dios; pero sí cabe en el autor inmediato de algunas de ellas, que es el hombre, por debilidad mental o moral. Por consiguiente, la labor del legislador humano, para evitar los dos escollos de su deficiente inteligencia o moralidad, ha de ser no perder de vista los principios de derecho natural y, siguiendo sus direcciones, ordenar lo que sea justo y conveniente para el bien común.

Es la segunda consecuencia que las leyes civiles obligan en conciencia. Es decir, que la voluntad del súbdito queda ligada al cumplimiento de lo mandado por el legislador y con obligación derivada, en último término, de Dios, como autor de la naturaleza social del hombre. Porque la potestad que el superior legítimo tiene de dar leyes, se deriva de su misma misión de ordenar la sociedad para la defensa y prosperidad común, misión que, en último término, la ha recibido, aunque haya servido de intermediaria la sociedad, del Autor de la naturaleza, según quedó ampliamente comprobado en el Libro primero.

Ahora bien, Dios y el legislador humano, al realizar su misión legislativa, han de querer que se cumplan sus leyes. Porque, en primer lugar, para eso las imponen y las promulgan; y, después, porque su cumplimiento lo juzgan necesario para lograr el fin social humano: la paz, la seguridad y el bienestar común. De ahí el axioma vulgar: *lex quae non obligat, non est lex.*[1]

---

1 No es éste el lugar de ampliar estas nociones que entresacamos del Derecho Natural donde tienen su lugar apropiado. Allí, entre otros varios desarrollos y bajo la tesis general de que las leyes civiles obligan en conciencia, se suelen distinguir: 1) la ley *meramente obligatoria*, que impone la obligación de hacer u omitir algo, sin añadir ninguna pena o coacción contra el transgresor; 2) la ley *meramente penal* que, estrictamente, no

4. Definición de la ley. Sus condiciones esenciales. — Proponemos como definición de ley aquella que salió de la pluma de Santo Tomás, no superada aún, ni en su exactitud, ni en su claridad y precisión: "La ley es la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad."

Además de sus valores intrínsecos, posee esta definición otros valores tradicionales entre nosotros, aceptada por nuestros egregios pensadores, que si, a veces, han propuesto otras fórmulas, sólo han pretendido con ellas desentrañar el sentido obvio de la del Doctor Angélico y declarar algunas de sus condiciones principales.

Por eso dejó escrito S. Isidoro[1] "que la ley debe ser honesta, posible, acomodada a la naturaleza humana, a las costumbres patrias y a las circunstancias de lugar y tiempo".

El Rey Sabio, en el hermoso decir de *las Partidas,* diluye aún más estas ideas. Ley es, según él, "leyenda en que yace enseñamiento y castigo escripto que liga y apremia la vida del home que non faga mal, e muestra e enseña el bien que el home debe facer e usar, e otrosi, es dicha ley, porque todos los mandamientos de ella deben ser leales, derechos cumplidos según Dios y según justicia" (1, 1-9).

Finalmente, Suárez, breve y certeramente, declara que "la ley es un precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado".[2]

A la luz de estas enseñanzas nos es fácil un breve análisis de la definición del Santo Doctor.

---

impone la obligación de hacer o no hacer, pero sí impone la de sufrir, en caso de infracción sorprendida, la pena señalada; y 3) la *ley mixta* que impone una y otra obligación.

Sobre si existen o no leyes *meramente penales,* ha arreciado, en nuestros días, la discusión. Y pretenden no pocos que, si en teoría se concibe tal especie de ley, de hecho no existe ni debe existir. Así lo creemos nosotros, a tenor de lo dicho anteriormente. Y, quizá, una torcida interpretación de lo que son y valen las leyes meramente penales haya hecho prevalecer en muchas conciencias, aun rectas, la perniciosa opinión de que las leyes civiles no obligan en conciencia, y de que, el burlarlas, valiendose de cualquiera clase de subterfugios y artimañas, es lícito; y de que, a lo más, corre la obligación de soportar la pena o castigo para el violador cogido *in fraganti.* Idea falsa y capaz de hacer fracasar y hundir cualquiera construcción social y vida ordenada.

Véanse estas nociones sobre la ley, ampliamente expuestas y con abundante bibliografía, en GÜENECHEA: *Principia juris politici,* v. II, capítulos XVII y XVIII. Universidad Gregoriana. Roma, 1939.

1 *Etimologías,* l. V, c. XXI.

2 *De Legibus,* l. I, c. XII.

"La ley es ante todo una *ordenación de la razón;* porque tendiendo, por su naturaleza intrínseca, a ordenar los actos humanos, para que el hombre cumpla su destino en la tierra, sólo es dado a la razón humana el comprender, el apreciar, el regular esa relación de los actos humanos con su fin. Y para ello no basta señalar el camino, ni fijar la regla: es menester imponerla, informándola con el carácter y fuerza moral de la obligación; por eso es, verdaderamente, una ordenación o mandato del legislador fundado en la razón.

La ley *debe darse para el bien común* de la sociedad, de la comunidad. Lo cual no quiere decir que la ley, directamente y siempre, debe afectar, con sus disposiciones positivas, a todos y a cada uno de los súbditos, sino que su finalidad ha de ser el bien común de todos. De aquí que, entre las condiciones esenciales de la ley, deben figurar siempre la justicia, la posibilidad y la oportunidad.

Ello es evidente tratándose de la primera condición; es decir, que debe ser justa. Y debe ser justa en cuanto a la materia que contiene y en cuanto a la forma que utiliza para imponerla. No sólo porque lo injusto cae siempre fuera de la esfera preceptiva de la ley, y ni el legislador tiene potestad para imponerlo, ni el súbdito obligación de aceptarlo, sino porque la ley es una ordenación de la razón destinada al bien común, y lo injusto está en pugna con la recta razón y sólo contribuye a la degradación y ruina de la comunidad. Consecuencias son éstas que, lógicamente, se derivan de lo que en el Libro I dijimos sobre el origen, fines y límites de la autoridad soberana.

Respecto de la posibilidad, indica prudentemente Suárez[1] que no puede ser objeto de una ley lo que no está al alcance de la libertad, como es lo imposible; de ahí el axioma: *ad impossibile nemo tenetur.*

Por la misma razón, y atendida la frágil condición de la naturaleza humana, debe ser tal la ley que fácilmente la puedan los súbditos conllevar; que eso y no otra cosa significa la frase de S. Isidoro, de que la ley ha de ser *secundum naturam.*

Acomodada a las costumbres patrias y conforme a lo que pidan o consientan las circunstancias de lugar y tiempo. "Porque la costumbre es como una segunda naturaleza; y, por consiguiente, lo que es opuesto a la costumbre se juzga como muy repugnante a la naturaleza y moralmente imposible. Claro es que esto se entiende de las costumbres honestas y útiles a la república; porque las malas debería la ley extirpar."

Las condiciones de lugar y tiempo, todo prudente goberna-

---

1 *De Legibus*, l. I, c. IX, n. 2.

dor las debe tener siempre ante los ojos. Condiciones que se refieren, no tanto al acto del precepto, sino a la materia del mismo o actos preceptuados. Porque las mismas acciones o actos pueden ser convenientes o no, según los tiempos y lugares, circunstancias todas que, de manera particularísima, deben tenerse en cuenta en la promulgación de las leyes. Y si en ello se fija la atención, tales circunstancias pueden, a veces, hasta decidir la posibilidad de la ley; pues, lo que en una época pudiera considerarse moralmente imposible, en otra pudiera resultar hasta fácil; y lo mismo cabe afirmar de la diversidad local; y la misma consideración pudiera influir también en la licitud del acto.[1]

La ley debe darla el que "*tiene cuidado de la comunidad*"; es decir, el poder soberano, porque condición esencial de la ley es que tienda al bien de la sociedad, que afecta, por lo mismo íntima, aunque, a veces, indirectamente, a toda la comunidad, a todos los súbditos. Y nadie puede ostentar derecho suficiente para imponerla en esas condiciones, sino la misma sociedad, que una vez organizada lleva, otorgada por el Creador, como elemento indispensable de vida y progreso, la facultad soberana; o aquella entidad (individual o colectiva) que haga sus veces y en la que encarne, por comisión de la sociedad, el poder supremo. Por eso decíamos que la función legislativa era la característica de la soberanía, de la que, sin mengua de sí misma, no podría despojarse.

5. Error de algunos juristas modernos. — A la luz de la anterior doctrina, se descubre el error de algunos juristas que sostienen que no es de esencia de la ley el que deba ser justa y honesta, o una ordenación de la razón para el bien común, como afirmaba la ciencia tradicional. Por consiguiente, según estos autores, puede un precepto alcanzar la categoría de ley, sea justo o injusto. Basta para ello que sea una norma directiva general y obligatoria que haya emanado del órgano señalado por la Constitución para dictar las leyes.[2]

Y lo declaraba el Prof. vienés H. Kelsen, con la siguiente comparación: Porque se concibe perfectamente un triángulo,

---

1 SUÁREZ: *De Legibus*, l. I, c. IX, n. 12.

2 KELSEN: *Teoría general del Estado*, pp. 302 y ss.; DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil* (Trad. cast. Reus, 1929), t. I, pp. 87 y ss.

cualquiera que sea la materia de que esté hecho: madera, plata o hierro; de cualquiera materia de que esté compuesto, siempre será triángulo.

La misma conclusión se derivaría de otras definiciones de la ley; como la de *Rousseau* que la proponía como expresión de la voluntad general, sin tener en cuenta el contenido o sustancia de ese acto de voluntad, y contentándose con las condiciones exteriores de ser una norma de aplicación general, procedente del órgano designado para dictarla.

Error grave que la misma comparación declaratoria de Kelsen nos descubre. Porque el triángulo es una figura geométrica abstracta que no dice, de por sí, ninguna relación a la materia física de que en realidad puede estar formada. Tan triángulo permanece aunque la figura se dé en madera, hierro, luz, que en agua. Pero no así en la ley humana. Ésta, por su propia naturaleza intrínseca, está destinada y se refiere a la conducta humana que ha de regir. Sin esa relación no se concibe. Y la conducta humana, so pena de negar todo principio de moralidad y todo derecho, ha de estar dirigida al bien y no al mal. Por lo tanto, la ley por su naturaleza y su relación esencial, ha de ser justa. Y ahí está el origen de su obligatoriedad, que, de otra manera, será difícil explicar.

Nótese, finalmente, una última consecuencia, ineludible: la legitimación (no la explicación), la justificación de tantos atropellos y enormidades jurídicas, llevadas a cabo al amparo de leyes injustas.[1]

6. La Ley en sentido formal y en sentido material. — Es corriente, entre los autores modernos, distinguir la ley en sentido formal, de la ley en sentido material.[2]

Es ley, en *sentido formal,* escribe *Duguit,* toda decisión que emana del órgano que, según la Constitución de un país, tiene el carácter de órgano legislativo.

Desde el punto de vista *material* es ley todo precepto que lleve en sí el carácter intrínseco de ley, independientemente del individuo o cuerpo de que procede. Y, como caracteres intrínsecos

---

1 Véase I. CORTS GRAU: *Principios de Derecho Natural,* p. 29. Par. Derecho-Moral-Justicia. Editora Nacional, 1944.

2 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual del Derecho Político,* p. 148, n. 46; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel,* p. 479 (Sirey-París, 1949); BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 724; H. KELSEN: *Teoría general del Estado,* p. 307; DUGUIT: *Traité de Droit constitutionel,* t. II, p. 140, pár. 15. Ed. 1923.

de la ley, señalan estos autores la generalidad, el sentido abstracto y la obligatoriedad.

Procede la distinción — y la confusión — de la manera estrecha y rígida de comprender la clásica teoría de los tres poderes de Montesquieu: el ejecutivo, el legislativo y el judicial, a cada uno de los cuales se adjudica una misión única y exclusiva: de ejecutar, legislar o juzgar. Pero la realidad nos muestra que el órgano llamado legislativo, cuya misión primordial es, sin duda, la de dar leyes, también administra, como cuando aprueba o rechaza un presupuesto, y juzga convertido, en algunas circunstancias, en Tribunal de Justicia, y concede una pensión a una persona y ratifica un Tratado, etc. Y es que esos actos, por su importancia o índole especial, exigen una mayor garantía que la que consigo lleva el procedimiento y órgano ejecutivo; por eso la soberanía — la Constitución — los encomienda al órgano y poder legislativo. Al mismo tiempo, el órgano ejecutivo, lejos de limitarse en su actuación a la mera ejecución de las leyes, dicta órdenes y preceptos generales y obligatorios, como los reglamentos que, por lo mismo, pueden llamarse leyes, en sentido material. La misma advertencia pudiera hacerse respecto al llamado poder judicial.

7. El recto ejercicio de la función legislativa. Condiciones indispensables: conocimiento previo; deliberación. — Elevadísima misión de trascendencia enorme, la que compete a la función legislativa. Misión rodeada de gravísimas dificultades por la compleja variedad de situaciones que hay que regular, por los encontrados intereses que hay que armonizar y las resistencias inevitables que hay que vencer. Por eso, nunca serán excesivas cuantas precauciones y medidas se tomen para garantizar el recto y progresivo funcionamiento legislativo.

Desde luego, a la labor legislativa debe preceder siempre una diligentísima investigación de la situación social del país y una lenta y madura discusión de las normas que se le han de imponer.[1]

CONOCIMIENTO PREVIO. — La licitud, la conveniencia, la viabilidad de las leyes, sólo pueden tener por base sólida una investigación que penetre hasta las entrañas mismas de la nación para la que se legisla. Sólo así se puede llegar al conocimiento amplio y profundo de sus aspiraciones y necesidades, tanto individuales como colectivas; sólo así se podrán apreciar y pon-

1 MEYER: *Institutiones juris naturalis*, t. II, nn. 544 y ss.

derar sus recursos económicos y culturales, los que actualmente dan rendimiento y los que son susceptibles de nueva o ulterior explotación; los peligros que le amagan del exterior y los que fermentan en su seno. Todos esos datos, todos esos aspectos, son indispensables para juzgar, con probabilidades de acierto, la necesidad, la utilidad, la posibilidad de una ley y el rumbo y tono de las relaciones internacionales.

Los medios para obtener exacto conocimiento de estas cosas son varios, algunos de los cuales pudiéramos llamar legales, es decir, los señalados para ese fin por la misma Constitución fundamental del país. Nunca, ni aun en los países regidos por un sistema absoluto de gobierno, suelen faltar, autorizados por la costumbre y sancionados por la ley, organismos, corporaciones, asambleas, siquiera no sean más que consultivos, que informen, expongan, ayuden al poder soberano a formarse una idea cabal de las necesidades de la nación y le indiquen los medios y las leyes necesarias para satisfacerlos. Si no existiesen esos organismos, o la natural prudencia de los soberanos no les diera vida, habría que decir que la organización legislativa de que se trata era defectuosísima. Y siempre habría de ser preferible que el natural instinto y perspicacia de los pueblos se adelantara a la benévola providencia de sus directores, estableciendo, por ley constitucional, los organismos a los que había de pedir consejo y aun colaboración para el ejercicio de la labor legislativa. Así sucede en los regímenes liberales de tipo parlamentario, y de partido, en los que la ley fundamental establece cuerpos o meramente consultivos o plena o parcialmente decisivos, en los que estén representados todos los intereses de la nación y donde hallen eco fiel sus deseos, sus aspiraciones y sus necesidades.

Pero aparte de estos medios e instrumentos, que hemos denominado *legales*, nunca faltan y han de existir otros *extralegales*, cualquiera que sea el régimen vigente. La atención vigilante del poder público, por sus funcionarios de todas clases, por las organizaciones técnicas y profesionales, ha de llegar a los últimos confines del país y penetrar las capas más profundas de la sociedad.

Ha de quedar también abierto el acceso de los súbditos a los representantes del poder; acceso amplio y libre que no debe estorbarse nunca, aunque sí regularse para que, lo que debiera ser espontánea petición, no se torne en imposición violenta.

Pero, en nuestros días, a estos medios normales de investigación y difusión de situaciones y de sucesos, se han juntado otros nuevos de mayor alcance, de tan gran complejidad y de tan sospechosas tendencias, que para el ciudadano, y aun para los mismos Gobiernos, se hace trabajosa e incierta la tarea de atinar con la verdad. Hace unos cuantos lustros, no muchos, se ponderaba la eficacia de la prensa libre para el trabajo de investigación, difusión de noticias y propaganda de ideales. Hoy en día, al amparo de esas mismas libertades, en tal forma se han multiplicado y perfeccionado los procedimientos técnicos y se ha afinado la maestría de captadores y divulgadores, que la misma exuberancia de informaciones, inseguras muchas, contradictorias y mentirosas otras, envuelven en nubes de oscuridad situaciones, sucesos y acontecimientos.

1) Un progreso técnico asombroso ha proporcionado al hombre nuevos elementos de investigación y comunicación. A la prensa alimentada hasta hace poco por el telégrafo y el teléfono se han juntado el cine, la radio, la televisión, el perfeccionamiento de las artes gráficas, los medios de transmisión más seguros, rápidos, abundantes.

2) Al empuje de estos adelantos se han montado y organizado grandes agencias de publicidad, de alcance mundial, un lujo tal de poderes económicos, de elementos técnicos y de personal laborando a su servicio, que sólo a las grandes potencias financieras les es permitido crear y sostener.

3) Pero con el adelanto de los progresos técnicos ha coincidido el descenso, el derrumbamiento de los valores morales de la sinceridad y veracidad y el empleo fácil y corriente de artes, del engaño, del ocultamiento y de la falsía.

La insinceridad: he aquí el sello de nuestra época, nos ha dicho Pío XII. Y la *insinceridad,* no como un expediente ocasional, sino erigida en sistema, elevada a la dignidad de una estrategia, en la cual las mentiras, los disfraces de palabras y de hechos, los engaños, se han convertido en armas ofensivas clásicas que algunos se ufanan en manejar con singular maestría. En medio de la maraña inextricable de tantos ecos engañosos, reticencias hábiles, insinuaciones solapadas, se hace muy difícil, y a veces imposible, la averiguación de la verdad. De ahí la formación, a veces, de ambientes artificiosos, opiniones descarriadas, que abren el camino y preparan el terreno a legislaciones inoportunas e injustas.

DELIBERACIÓN. — Debe preceder a la definitiva adopción de una ley una madura deliberación de los preceptos que contiene y de la forma en que se han de redactar. Y ¿cuál es el mejor método de proceder a esa ponderada reflexión de la ley?

Es evidente que para ello no basta, en ningún régimen político, la personal ponderación de razones que el Príncipe o Jefe del Estado pudiera realizar en sí mismo. Con el prudente acierto que le caracteriza, expone Suárez la necesidad del parecer y sufragio de muchos para proceder a la sanción de la ley. "Brevemente decimos que tal diligencia (la participación de muchos en la formación de las leyes) es moralmente necesaria, si se quiere que la ley se forme con prudente rectitud. Porque se trata de un asunto muy grave, cuya justa solución depende de la consideración de muchas circunstancias, a las que más fácilmente atienden muchos, que no uno solo; y, por lo mismo, es conveniente que las leyes se den con el sufragio de varios que, al mismo tiempo, sean probos e inteligentes".[1]

Parece, pues, indiscutible, puesto que así lo aconseja la naturaleza de las cosas, que la formación de las leyes debe encomendarse a varias personas que, naturalmente, para que su labor resulte fructífera, han de estar unidas por alguna manera de organización. Así lo confirma también la experiencia de los tiempos. Cuando no ha existido, directa o indirectamente, la colaboración de toda la sociedad, nunca han faltado Asambleas, Cortes, Consejos, Juntas, que con mayor o menor eficacia y amplitud, han contribuído a la elaboración de las normas impuestas a la sociedad, para regular su vida. Los Solones y Licurgos, casos aislados, debidos a circunstancias transitorias, más que legisladores únicos, fueron coleccionadores o reformadores de leyes en épocas de atraso, fermentación o crisis sociales. La lejanía de los tiempos, por otra parte, ha contribuído a rodearles de cierta aureola fantástica.

Y esta necesidad de que venimos hablando trae en su seno el problema de la designación de los legisladores y de la forma en que han de estar organizados.

8. Cuadro esquemático de los diversos tipos de organización legislativa. — La formación de la ley abarca varias etapas, que pudieran reducirse a tres:

1) La iniciativa, o sea, la facultad de presentar a los órganos legisladores proposiciones, para que, previo análisis y discusión, sean aceptadas, rechazadas o modificadas.

---

1 SUÁREZ: *De Leg.*, l. III, c. XV, n. 2.

2) La deliberación o discusión de lo propuesto: parte principalísima en la que se establecen los preceptos de la ley y se les da la forma más conveniente para llevarla a la práctica.

3) La aceptación de lo ya discutido, informándolo con la fuerza moral obligatoria que lo transforma propiamente en leyes; es lo que se llama la *sanción.*

Sigue a estas estapas la imposición autoritaria de la ley a la sociedad, que se llama *promulgación,* y a esta última la *publicación.*

Ahora bien: pudiera ser que la razón y las circunstancias aconsejaran que los que ejerzan el derecho de iniciativa no fuesen siempre los mismos que los que discutieran y determinaran los preceptos, redactando la parte dispositiva de la ley. Porque ambas labores son tan diversas, que las condiciones técnicas y culturales necesarias para una de ellas, podrían no ser para la otra. De la misma manera, pudiera convenir que la sanción definitiva de la ley, por la que la parte dispositiva de la misma adquiere su fuerza obligatoria, pudiera, repetimos, convenir que, total o parcialmente, compitiese a órganos diversos de los anteriores. Veamos lo que dice la historia.

En la *Monarquía pura,* la potestad legífera residía en el Monarca. Y si bien, a veces, la iniciativa, y casi siempre la deliberación de las leyes, eran obra de Juntas, Consejos, Asambleas, etc., que determinaban y proponían la parte dispositiva de la ley; sin embargo, esa proposición, en la Monarquía pura, no pasaba de ser un voto consultivo, un consejo de indudable eficacia moral, pero que no ataba jurídicamente la voluntad del Monarca, libre de aceptar la proposición, rechazarla o modificarla.

En cambio, en la *Democracia representativa* las Cámaras o Congresos compuestos por miembros, en su mayoría o en su totalidad, electivos, se supone que son la legítima representación de la nación, en la que reside la plena facultad legislativa. A esas Asambleas corresponde la iniciativa (que, a veces, la comparten con el pueblo y con el Jefe del Estado), la deliberación y la decisión final, por la que, el resultado positivo de la deliberación se trueca en ley. Sólo falta, para su eficacia ogligatoria y práctica, la formalidad extrínseca y oficial de la promulgación, que se reserva al poder ejecutivo. Cabe, sin embargo, en este sistema el que la definitiva sanción de la ley se reserve a la sociedad misma, por medio del *referéndum.*

En la *Monarquía constitucional* existe la representación legal de la sociedad en Cámaras que proponen, discuten y votan las leyes;

y tal fuerza tiene la aprobación que sigue a esa deliberación de las Cámaras, que, sin ella, el Jefe del Estado no tiene derecho a promulgar ninguna ley. Pero, a su vez, puede el Monarca, libremente, aceptar o rechazar o retrasar la propuesta de las Cortes, según los casos.

Finalmente, la *Democracia directa,* poco usada, porque apenas es viable en naciones modernas de alguna extensión, las Asambleas públicas, formadas por todos los ciudadanos de la nación, proponen, discuten y aprueban definitivamente las leyes, sin la colaboración de ningún otro organismo.

Pero este breve conspectus del vario organismo legislativo, que admite otras combinaciones intermedias, demanda explicaciones más detalladas y juicio más completo, que procuraremos dar en el capítulo siguiente. En la agitada vida política en que desde hace varios lustros vivimos, los órganos legislativos que, en forma esquemática y global, hemos encuadrado en cuatro tipos, han sufrido varias modificaciones y combinaciones, o por la acentuación de alguno de esos caracteres o por la combinación de sus varios elementos.

Ante todo, nuevas bases sociales sobre las que se levantan los organismos legislativos, determinan ciertos cambios en su estructura. Por otra parte, fuertes reacciones antiparlamentarias concentraban el ejercicio de la función en una persona, organismo o partido; y, en movimiento contrario de resaca, volvía la función, en todos los períodos de su desarrollo, a las Asambleas democráticas y de clase. Un análisis más detallado lo irá comprobando.

CAPÍTULO SEGUNDO

SUMARIO: 1. El Jefe del Estado órgano del poder legislativo: Monarquía pura. — 2. El órgano legislativo formado por los ciudadanos todos del Estado: Democracia directa. — 3. Las Asambleas representativas, como órganos legislativos. — 4. El referéndum: sus clases y fundamento. El veto. — 5. Las Cámaras representativas y el Rey, conjuntamente, como órganos del poder legislativo. La sanción real: su alcance. — 6. Promulgación y publicación de la ley.[1]

1. El Jefe del Estado órgano del poder legislativo: Monarquía pura. En nuestra época. — Este sistema nos lo describe *Alfonso el Sabio* en las Partidas,[2] cuando dice: "Emperador o Rey puede facer leyes sobre las gentes de su Señorío, e otro alguno non ha poder de las facer en lo temporal, fuera ende si lo ficiere con otorgamiento dellos." Doctrina que aceptó Alfonso XI en el Ordenamiento de Alcalá, al asentar que "al Rey pertenece e ha de facer fueros e leyes, e de las interpretar, e declarar, e enmendar, do viere que cumple".

Según esto, el órgano legislativo completo es el Príncipe o Jefe del Estado, llámese Rey, Emperador o de otra manera. Y no había de variar esencialmente el órgano legislativo, si el legislador, en vez de ser una persona física, fuese una persona moral; al Jefe del Estado corresponde el derecho de la iniciativa, la deliberación y sanción de las leyes.

Pero esto no quita que los Monarcas, dentro de este sistema, se asesoren para todos los negocios del Estado, y sobre todo

---

1 GARCÍA GALLO: *Historia del Derecho español.* Madrid, 1945; IGNACIO LOJENDIO: *Resumen político del Estado español.* c. III; GIUSEPPE LO VERDE: *Il nazionalsocialismo,* P. 2.ª, c. IX; ROGER GONNARD: *El derecho y el Estado en la doctrina nacionalsocialista,* c. II, sec. IV, pár. 3.º; GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado,* c. X, IV; J. MORSTEIN: *Foreign Governments,* c. XIX, 4; JUAN BENEYTO: *Historia de las doctrinas políticas,* P. 1.ª, c. 1.º; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel,* pp. 136 y ss. (Sirey-París, 1949).

2 Ley XII, t. I, part. 1.ª

para el ejercicio de la función legislativa, de Juntas y Consejos de hombres prudentes o determinados organismos; ya nombrados libremente por él, ya establecidos de antemano por la ley o la costumbre. Aunque, en todo caso, las propuestas y el voto de esos organismos, en este sistema, son meramente consultivos; y, si bien pueden ejercer gran influencia moral en la voluntad del legislador, ésta permanece libre, a veces hasta para reclamar dicha colaboración; y siempre para aceptarla, modificarla o rechazarla de plano, según creyere conveniente.

En las Cortes de León de 1188, Alfonso IX dijo: "Promissi, etiam, quod non faciam guerram, vel pacem, vel placitum (tratado) nisi cum consilio episcoporum, nobilium, et bonorum hominum, per quorum consilio debeo regi". Y el mismo Monarca, en las de León de 1208, afirmó: "Una nobiscum venerabilium episcoporum coetu reverendo, et totius regni primatum et varonum glorioso collegio, civium multitudine destinatorum a singulis civitatibus considente: Ego, Alfonsus... multa deliberatione praehabita, de universorum consensu, hanc legem edidi mihi, et a meis posteris omnibus observandam..."

De este y otros documentos se deduce que el Rey prometió no hacer, al menos ciertas leyes, sin el concurso de los tres brazos de las Cortes; y, como semejantes compromisos se repiten en las Cortes de Castilla, parece deducirse que la facultad legislativa, al menos de hecho, residía en el Rey con las Cortes.

No intentamos nosotros dirimir aquí esta cuestión, meramente histórica, de las facultades de nuestras antiguas Cortes. Los documentos aducidos de Alfonso IX, y el hecho indudable del ejercicio de la facultad legislativa por sólo los Reyes, son suficientes para presentar un ejemplo de esa organización que se completa con la *promesa,* de parte de los Reyes, de buscar la cooperación de las Cortes y de sus consejos.

En cuanto al problema histórico tan debatido,[1] nos parecen acertadísimas las palabras de Colmeiro: "La participación de las Cortes en la potestad legislativa creció y menguó, según las vicisitudes de la institución misma, y, sobre todo, del brazo o estamento popular. Al principio ejercieron el modesto derecho de petición; más adelante lograron que las leyes hechas en Cortes no se pudiesen revocar sino por otras también hechas en Cortes; luego quedó reducida su prerro-

---

1 Véanse aparte de M. MARINA,, SEMPERE, DANVILA... los Tratados de Historia del Derecho español, de GARCÍA GALLO. Madrid, 1946; MINGUIJÓN. Ed. Labor. 1943. *Los orígenes de la Ciencia política española,* y *Textos políticos españoles de la Baja Edad Media,* de JUAN BENEYTO. Inst. de Estudios Políticos, etc., con su abundante bibliografía.

gativa a dar su parecer o consejo, cuando el Rey se dignaba oírlas acerca de alguna o algunas de las leyes nuevas; y, por último, legislaron los Reyes con plena libertad, sin consultarlas, como lo pide la naturaleza de la Monarquía absoluta."[1]

La plena facultad legislativa concretada en la persona del Soberano, nos parece exorbitante, llena de dificultades insuperables y erizada de peligros para el país y para el mismo legislador. El hecho, constante en la historia, de que los Reyes absolutos hayan reclamado, por propia iniciativa, el auxilio de Consejos y Cortes; y de que éstas, por otra parte, no hayan cesado nunca de exigir que se las oiga y se las atienda y aun se las llame a la parte, cuando se trate de legislar sobre asuntos graves o de vital interés, es la mejor prueba de la imperfección de este sistema. Mucho más en nuestra edad moderna; porque la cada día más difícil complicación de la vida nacional e internacional reclama del legislador, además de una labor continua e intensa, conocimientos especiales y variadísimos, económicos, técnicos, jurídicos, que no es posible esperar ni reclamar de ningún hombre. No hay que olvidar, tampoco, que la difusión de la vida política despierta y sostiene vivo el deseo, muy natural, de las sociedades de influir e intervenir por sí mismas en su vida propia.

Una aplicación contemporánea, transitoria y esporádica, de este sistema, la hemos visto en la Alemania de Hitler. El régimen nazi alemán, al conceder al Führer, Jefe del Estado, facultades legislativas, adoptó este sistema que parecía ya desterrado de los países modernos civilizados. Para el caso es accidental que el Führer no se llamara Rey.

Según la Constitución de Weimar (art. 68), las leyes son votadas por el Reichstag. Esta plena potestad legislativa quedaba un tanto disminuída por las intervenciones del Reichsrat, del Presidente de la República y del pueblo. Pues bien, a pesar de que el nuevo régimen alemán mantuvo el Reichstag y no derogó *expresamente* la Constitución de Weimar, las nuevas leyes nacional-socialistas trasladaron las atribuciones legislativas del Reichstag al Gobierno, o, mejor dicho, al Führer de la nación. "Alemania ha pasado el Rubicón dando el poder legislativo al Jefe de Gobierno", dijo Carl Schmitt.

Este paso dió el tercer Reich con la ley de 24 de marzo de 1933,

---

1 COLMEIRO: *Curso de Derecho Político*, c. XXIX-8.

llamada *la ley de autorización,* porque autorizaba al Gobierno para legislar. Bien es verdad que el autorizado, más que el Gobierno, era el Führer, porque, según el principio nacional-socialista de la Jefatura, es el Führer el que acepta o rechaza o modifica las propuestas de ley de los Ministros.

La potestad legífera del Jefe del Estado se redondea y completa con la supresión de los organismos legislativos que había erigido la anterior Constitución de Weimar. En efecto, la ley de 30 de enero de 1934 suprimió las Dietas de los Estados federales, transmitiendo al Reich todas las atribuciones soberanas de los países. Y la ley de 14 de febrero de 1934 dió también cuenta del Reichsrat.

Quedaba aún en pie el Reichstag, pero con sus atribuciones legislativas mutiladas. Prescindiendo de su forma de reclutamiento (que le hace hechura del Partido), pierde el derecho de iniciativa, traspasado al Gobierno, y el derecho a proponer enmiendas. Y, si bien el Führer se reservó la facultad de presentar al voto del Reichstag las leyes ya aprobadas, como presentó p. ej. las leyes de Nuremberg (15 de septiembre de 1935), en nada se parece esa presentación a la presentación parlamentaria. Sin discusión, ni deliberación, a la presentación (aunque teóricamente cabe la repulsa) sigue la aceptación, ordinariamente unánime, de los diputados.[1]

2. El órgano legislativo formado por los ciudadanos todos del Estado: democracia directa. — En la democracia directa, sistema de gobierno opuesto al de la Monarquía pura, y cuyo estudio más detallado lo dejamos para más tarde (l. IV, c. II), el órgano legislativo está constituído por la Asamblea de todos los ciudadanos libres, en el pleno goce de sus derechos.

Como modelo de esta clase de organización legislativa suele citarse la de Atenas. El Estado ateniense, después de ensayar la Monarquía, la Aristocracia, la Tiranía, vino a gobernarse por la *Democracia directa,* cuyo modelo más acabado fué el establecido en 508 por Clisthenes.

La facultad legislativa residía en la Asamblea popular, formada por los ciudadanos de Atenas, excepto, por supuesto, los extranjeros residentes y los esclavos. La Asamblea se reunía en la colina Pnyx, y, alguna vez, en el teatro Dionysos. El Consejo de los 500 (que estaba

---

1 Véase un resumen de la concentración de todos los poderes soberanos en la persona del Führer, en *Régimen político del Estado español,* de IG. LOJENDIO, c. III; GIUSEPPE LO VERDE: *Il nazionalsocialismo,* P. 2.ª, c. IX, y ROGER GONNARD: *El Derecho y el Estado en la doctrina nacionalsocialista,* c. II, sec. IV, pár. 3.º

al frente de la administración) preparaba los asuntos que había de someter a la deliberación de la Asamblea. Servíase ésta también de Comisiones, sacadas de su seno, para la proposición y preparación de leyes nuevas, y la modificación y abolición de las antiguas.[1]

En los tiempos modernos, sólo en los Cantones suizos subsiste esta manera de organización legislativa. La Constitución de Appenzel establece, en su art. 1.º, que la soberanía corresponde al pueblo, el cual la ejerce "directamente en la Landsgemeinde, e indirectamente, por intermedio de los magistrados elegidos por él". La Landsgemeinde es la Asamblea de los habitantes del país, que son electores, y, como tal, representa el poder soberano del Cantón. La asistencia y la participación en la Asamblea, hasta la terminación de sus trabajos, es un deber cívico. La Landsgemeinde se reúne todos los años en sesión ordinaria el último domingo de abril, en Trogen y en Hundwil, alternativamente. La Landsgemeinde es la única competente para publicar edictos, modificar o derogar leyes, según las formas constitucionales. El Consejo cantonal tiene, ante la Landsgemeinde, el derecho de iniciativa.

Reservando para más tarde el estudio y juicio sobre el gobierno directo por el pueblo, sólo diremos aquí que suele achacarse, con razón, a esta forma de organización legislativa, la falta, en la masa popular, de un nivel de cultura suficiente para la deliberación adecuada de los asuntos públicos, máxime de las leyes. Aparte de que ni aun materialmente se hace posible dicha deliberación. Puesto que, como dice *Curti:*[2] "ya he hecho observar que no es posible la discusión en las Landsgemeinde, si no es en el caso de que no sea grande el número de ciudadanos presentes en la Asamblea. En Saint Gall, por ejemplo, las Asambleas comunales tienen lugar en el local más amplio de la villa. Los ciudadanos no tienen sitio para sentarse; se ven obligados a estar de pie, apretados los unos con los otros. Subir a una tribuna exige demasiado tiempo; cada cual habla desde su titio: la voz no puede dominar la Asamblea y es difícil, con frecuencia, oír al orador. Forzosamente hay que proceder a la votación casi sin deliberación".

Aun en las *Landsgemeinden históricas* se hicieron notar es-

---

1 Véase A. BOXLER: *Précis des institutions publiques a la Grece et Rome;* WILSON: *El Estado,* t. I, nn. 118 y ss.; BENEYTO, JUAN: *Historia de las doctrinas políticas. Primera parte,* l. 1.º, c. 1.º, 2. Aguilar, Madrid, 1948.

2 *Le referendum. Histoire de la législation populaire en Suisse.* Apend. V; SAUSER-HALL: *Guide politique Suisse,* n. 49.

tos inconvenientes. Su buena marcha dependía de los favores de la atmósfera. Magníficos espectáculos con tiempo hermoso; pero que sobrevenga un temporal, y se tratan los asuntos con una precipitación poco digna, mientras que grupos enteros abandonan el lugar de las deliberaciones.

3. Las Asambleas representativas como órganos legislativos. La iniciativa en el Jefe del Estado y en el pueblo. — En este caso, no es la sociedad misma, sino sus representantes, los que, reunidos en Asamblea, constituyen el órgano legislativo.

Esta organización del poder legislativo obedece, en primer lugar, a las desventajas e imposibilidad práctica de la legislación directa por el pueblo, de que hablamos anteriormente; y, en segundo lugar, a la retención, por parte de la sociedad, de la facultad legislativa. Reteniendo la sociedad ese poder, no pudiendo ejercerlo por sí, lo hace por medio de representantes que designa ella misma de diversa manera.

En los regímenes liberales se obtiene esa representación distribuyendo a los ciudadanos, sin distinción de clases, en grupos determinados (por ejemplo de 50.000 habitantes, con arreglo a nuestra Constitución de 1876, o de 300.000, según la Constitución rusa de 1936; de 80.000 según preceptuó la Constitución italiana de 1947; 100.000 la Argentina, etc.) y haciendo que cada grupo elija su representante, uno o varios, según los casos. La reunión de los representantes elegidos en una o dos Cámaras, se llama representación nacional, y, en nombre de la nación, ejerce el poder legislativo. A esta representación individual puede y suele juntarse otra de corporaciones e intereses: milicia, nobleza, clero, asociaciones científicas, económicas, etc.

Cuando logra imponerse en la sociedad la corriente profesional y sindicalista, se obtiene esa representación agrupando los ciudadanos por clases y profesiones, cada una de las cuales ha de elegir sus representantes para la Asamblea nacional. Así ha ocurrido en Portugal e Italia, al menos, parcialmente, con la creación de la Alta Cámara corporativa y de la Cámara de los Fascios y Corporaciones.

Las Asambleas representativas democráticas ejercen plenamente la facultad legislativa. Por lo tanto, de ellas parte la iniciativa, en ellas tiene lugar la discusión, y ellas aprueban y sancionan las leyes.

Puede servir de modelo la organización que da al poder legislativo la Constitución de los Estados Unidos. Dice así en su art. 1.º: "Todos los poderes legislativos aquí otorgados, se atribuyen a un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y de una Cámara representativa."

"La Cámara de representantes se compondrá de miembros elegidos (por sufragio universal) por dos años, por el pueblo de los diferentes Estados." (Sec. 2.ª).

"El Senado de los Estados Unidos se compondrá de dos Senadores por cada Estado, elegidos para seis años, por la legislatura de cada Estado". (Sec. 3.ª).

Es similar la organización del poder legislativo en la mayor parte de las naciones americanas, como *Méjico* (art. 13, Constit. de 1917), *Venezuela* (art. 141, Constit. de 1947), *Colombia,* (art. 75, Constit. 1942), *Argentina* (art. 47, Reforma de 1949).

De la misma manera dice el art. 1.º de la ley constitucional francesa (febrero 1875): "El poder legislativo se ejerce por dos Asambleas, la Cámara de Diputados y el Senado", y el art. 13 de la Constitución de 1947: "La Asamblea *sola* vota la ley."

Sin embargo, no debemos olvidar, para dar idea completa de esta manera de organización legislativa, ciertas restricciones y reservas que menguan esa plenitud de poderes y que se adaptan perfectamente al espíritu del sistema.

Porque, a veces, la iniciativa no es derecho exclusivo de las Cámaras, sino que, con ellas, la comparten el Jefe del Estado[1] y los ciudadanos; y, en determinadas ocasiones, la adopción de un acuerdo por las Cámaras no es suficiente para que se trueque en ley, sino que se requiere la aprobación posterior de la sociedad, por medio de un *referéndum;* y, finalmente, el Jefe del Estado puede oponer *su veto,* que impida o retrase la promulgación de la ley aprobada por las Cámaras. Instituciones todas (la iniciativa popular, el referéndum, el veto) cuyo estudio es complemento necesario de esta organización legislativa.

Entre los recientes regímenes políticos, la *Rusia bolchevique* (con sus satélites) es la que conserva en sus órganos legislativos la apariencia democrático-popular del sistema liberal. Decidimos la *apariencia* porque, tanto por el procedimiento electoral, como por la intervención del Partido comunista, no es un sistema liberal el que rige en Rusia, sino la dictadura del proletario representado por el Partido comunista, que disfruta del derecho exclusivo de presentar candidaturas para el Consejo Supremo de la U.R.S.S. (art. 141).

---

1 Como en la Argentina (art. 69 de la Constitución).

Partiendo de la base de que todo poder pertenece a los trabajadores de la ciudad y del campo representados por los Consejos de los Diputados de los trabajadores (art. 3.º), hay en el Estado soviético un órgano supremo del poder, el Consejo Supremo de la U.R.S.S., el cual es el *único órgano legislativo de la República* (art. 59), y está compuesto de dos Cámaras iguales en facultades: el Consejo de la Unión y el Consejo de las nacionalidades. Ambas Cámaras son de elección popular y, unidas, eligen el *presidium* que es el que, en el intervalo de la sesiones, asume casi todas las atribuciones del Consejo Supremo.

LA INICIATIVA es una de las atribuciones que integran la potestad legislativa; y, en nuestro caso, se reduce a la facultad de proponer a las Cámaras proposiciones y proyectos de ley para su discusión.

Naturalmente que las Cámaras mismas, los miembros que las constituyen, tienen este derecho; otra cosa sería la anulación, en su misma raíz, de la facultad misma legislativa que a estas Cámaras representativas liberales corresponde. No se concibe en ellas el art. 31 de nuestro Estatuto real de 1834: "Las Cortes no podrán deliberar sobre ningún asunto que no se haya sometido, expresamente, a su examen, en virtud de un decreto real"; ni el monopolio de la Rusia imperial que sólo concedía ese derecho al Emperador.

Pero también se concede al Jefe del Estado la misma facultad de iniciativa. La ley constitucional francesa (28 febrero 1875) en su art. 3, decía: "El Presidente de la República tiene la iniciativa de las leyes a una con los miembros de las dos Cámaras." Sin embargo, las nuevas Constituciones prescinden del Jefe del Estado, y otorgan esa facultad al Jefe del Gobierno o al Gobierno. Así la Constitución republicana italiana (art. 7) y la vigente francesa (art. 14). Siguen en esto el ejemplo de la Constitución norteamericana, que niega la iniciativa al Presidente, que sólo puede llamar la atención de las Cámaras sobre un asunto, lo que realiza, ordinariamente, por medio de mensajes.

Nada más natural, a pesar de todo, que otorgar al Jefe del Estado el derecho de iniciativa, ni nada tan apropiado al espíritu de estas Constituciones. "Porque es natural, dice Orlando,[1] que el Rey, por la

1 *Principii di Diritto costituzionale*, n. 275.

continuidad de sus poderes y por el hecho de que reúne en sí la facultad ejecutiva, esté en disposición de apreciar las nuevas necesidades legislativas y económicas del Estado, y en posición de proveer a ellas." Y aun tratándose de una Constitución republicana, en la que se concede esta facultad con desconfianza y aun se le niega al Jefe del Estado, juzga rectamente Orlando que esa negación no puede menos de causar "grave daño al mismo Parlamento, que, de esa manera, se ve privado de aquellas relaciones con el poder ejecutivo, sin las cuales es difícil uniformar las nuevas leyes con las necesidades del país, y casi imposible un eficaz ejercicio de la función inspectora".

En algunas organizaciones legislativas de carácter representativo, existe también la *iniciativa popular;* es decir, la facultad concedida a cierto número de ciudadanos, de imponer a las Asambleas la discusión de un proyecto de ley o de un asunto determinado.

La iniciativa popular adopta diferentes formas y tiene muy diverso alcance. En primer lugar, en cuanto a su amplitud; porque puede otorgarse la iniciativa al pueblo, para toda materia legislativa; o sólo para determinados asuntos, los más graves, como en materia constitucional.

Cabe también que el pueblo exija a la Asamblea el que legisle en determinada materia y en sentido determinado, ya dejando la redacción y articulado de la ley al cuerpo mismo legislador, ya proponiendo a las Cámaras la discusión de un proyecto de ley, redactado y articulado en todos sus detalles. En ambos casos, y a consecuencia de la repulsa de las Cámaras, que se niegan a aceptar la proposición popular, los ciudadanos pueden requerir que se apele a la definitiva decisión del voto del pueblo, con un *referéndum.* La nueva Constitución italiana ha admitido la iniciativa popular en su artículo 71, que reza: "El pueblo ejerce la iniciativa de las leyes, mediante la propuesta, al menos de 50.000 electores, de un proyecto articulado."

Pero el país clásico de la iniciativa popular es Suiza. La revisión parcial (de la Constitución) puede tener lugar ya por iniciativa popular, ya por las formas establecidas en la legislación federal. La iniciativa popular consiste en una petición presentada por 50.000 ciudadanos suizos que gocen del derecho del sufragio y reclamen la adopción de un nuevo artículo constitucional, la abrogación o modificación de artículos señalados de la Constitución vigente. La petición de iniciativa puede adoptar la forma de una proposición concebida en términos generales o la de un proyecto redactado en todos sus detalles. Si la petición de revisión está redactada en términos generales y las Cámaras están de acuerdo, procederán ellas a la revisión parcial en el sentido indicado y deben, en seguida, someter el proyecto a la aprobación o repulsa del pueblo y de los Cantones.

Si, al contrario, las Cámaras no aprueban la iniciativa, la cuestión de la revisión parcial será sometida a la votación del pueblo, y si la mayoría de los ciudadanos suizos que tomen parte en la votación se pronuncian por la afirmativa, la Asamblea federal, conforme a la decisión popular, procederá a la revisión. (Const. federal, artículo 121; modif. de 5 de julio de 1881. *Dareste.*).

4. El referéndum: sus clases y fundamento. El veto. — Es otra forma de intervención popular en la labor legislativa de las Asambleas representativas. Lo define *Royo Villanova:* "La aceptación o repulsa de una ley votada por la Asamblea legislativa, y que no es perfecta hasta que cuenta con la aprobación de los ciudadanos".[1] Allí donde exista el referéndum, la ley votada por una Asamblea legislativa no es más que un proyecto.

El referéndum puede ser *obligatorio* o *facultativo.* Es obligatorio, cuando el acuerdo de las Cámaras debe someterse a la aprobación del pueblo, para que tenga fuerza de ley. Es facultativo, cuando depende de la voluntad de las Cámaras, o de la petición de determinado número de electores, el que se someta o no el acuerdo al voto popular (veto popular).

Es también *consultivo* o de *ratificación,* según que se someta a la apreciación del cuerpo electoral una cuestión sobre la que el Parlamento se proponga legislar (esto pudiera considerarse como una forma de iniciativa), o, por el contrario, una vez aprobada la ley por las Cámaras, se requiera la sanción de los electores.

Por último, el referéndum es *total* o *parcial,* según que se refiera a todas las leyes, o sólo a algunas de ellas por su importancia política, económica, etc. Así hay referéndum constitucional, financiero, etc.[2]

De los 22 cantones, el de Friburgo es el único que persiste en el sistema representativo puro; los de Uri, Glaris, Underwalen (Alto

---

1 *Ciencia política, c.* XIV, n. 5.

2 El país clásico del referéndum es Suiza (véase *Le referendum. Histoire de la législation populaire en Suisse,* por Th. CURTI, Giard et Briere, París; SAUSER-HALL: *Guide politique Suisse,* pár. 34-C; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político* (Reus, 1939), n. 149; D. JULIÁN REPÁRAZ en su folleto *El Referéndum* (Hijos de Reus. Madrid, 1917); GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional comparado,* c. X, IV (Rev. de Occidente, Madrid, 1950); F. MORSTEIN: *Foreign Governments,* c. XIX, 4 (New York. Prentice-Hall, 1950).

y Bajo) y los dos semicantones de Appenzel, conservan la Landsgemeinde. En los restantes el *referéndum es facultativo* en unos y obligatorio en otros; o bien, en un mismo Cantón, es facultativo u obligatorio, según la naturaleza e importancia del acuerdo legislativo sobre que recae.

La institución del *referéndum* ha sido y es muy combatida. Tiene sus fundamentos en la soberanía nacional y en la imposibilidad práctica y teórica de la legislación directa. Contribuyen también a su popularidad y creciente desarrollo en nuestros días, los vicios y fracasos del sistema representativo, que se achacan a las Asambleas que detentan injustamente una soberanía que no les corresponde. Por eso dicen que el *referéndum* es una especie de reivindicación, de parte de los pueblos, de la soberanía que los Parlamentos les han arrebatado. Y, en efecto, con el referéndum los Parlamentos proponen; pero, en último término, son los pueblos los que deciden. Y de esta manera resulta el referéndum como un complemento necesario del sistema representativo. "Creemos nosotros, al contrario, dice Duguit, refutando a Esmein, que un tal país (en el que se practica el referéndum) está en el verdadero régimen representativo, mucho más que aquel cuya Constitución no admite el referéndum, porque este procedimiento es un medio excelente para mantener la armonía entre el cuerpo electoral y el Parlamento, armonía que constituye la esencia misma de la representación".[1]

No faltan adversarios del referéndum entre las filas de los más ardientes partidarios del régimen representativo. En Esmein[2] puede verse una verdadera requisitoria contra él. La autoridad del Gobierno y de las Cámaras, dice, quedan en entredicho con el referéndum. "¿Qué autoridad pueden tener las Asambleas, cuando las leyes discutidas y votadas por ellas pueden, a cada momento, ser rechazadas, por capricho o ignorancia, por la mayoría misma que ha elegido sus miembros, con un programa ya determinado?"

Débil argumento, a la verdad. Supone Esmein que el capricho o ignorancia de los electores puede deshacer la obra legislativa de los elegidos, lo cual le parece ilógico y absurdo. ¿Y por qué no suponer que es el capricho y la ignorancia la que ha presidido la elección misma que da sus poderes a los elegidos? Esta última aserción tiene los mismos fundamentos que la primera. Además, parece que los Parlamentos, si son verdaderos representantes de los electores, no debieran temer estar en íntimo contacto y comunicación con ellos, admitiendo y requiriendo su cooperación aprobativa.

---

1 *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 232 y *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, pár. 38.

2 Loc. cit., parte 1.ª, tít. II, c. II, sec. 2.ª, p. 474 (Ed. 1927).

Que la justicia y equidad no están adjudicadas al voto de la mayoría del pueblo. Efectivamente; pero tampoco al voto de la mayoría de las Cámaras. ¿Y no es la mayoría del pueblo la que ha hecho la mayoría de las Cámaras?[1]

EL VETO.[2] — La acción legislativa de las Asambleas representativas queda también limitada por una facultad que ordinariamente reside en el Jefe del Estado y se llama *veto*.

El veto es la facultad de oponerse a la promulgación de una ley aprobada por las Asambleas. Supone, por lo tanto, que la ley está hecha, que ha adquirido el carácter de tal, por el acuerdo del Parlamento. Pero el Monarca o Presidente tiene el derecho de oponerse a su promulgación, ya de una manera definitiva, en cuyo caso el veto es *absoluto;* ya sólo temporalmente, y se tiene el veto *suspensivo*. El veto absoluto anula el acuerdo del Parlamento; por eso algunos lo confunden, aunque indebidamente, con la *sanción*. El veto suspensivo sólo tiene, en general, la eficacia de dilatar la promulgación de la ley, y, en la práctica, se reduce a reclamar de las Cámaras una nueva deliberación de la ley, exponiendo el Jefe del Estado las razones que tiene para ello. Si el Parlamento, dentro de determinadas condiciones, que hay que ver en cada Constitución, se ratifica en su primera decisión y vuelve a aprobar la ley, el Jefe del Estado se ve obligado a firmarla y promulgarla inmediatamente.

El *veto* indica el tránsito del sistema del Rey legislador, o solo o en colaboración con el Parlamento, al sistema constitucional que supone que son las Cámaras, prescindiendo del Rey, el único órgano legislativo. Por eso, apenas si se utiliza el veto *absoluto* que, aunque teóricamente se distingue de la *sanción*, prácticamente puede (con la negativa de la sanción) anular el poder legislativo de las Cámaras, impidiendo la promulgación de la ley.

La mayor parte de las Constituciones modernas sólo admiten el veto suspensivo (Const. italiana art. 74; y francesa art. 35). El *veto* opuesto por el Jefe del Estado al Parlamento puede ser *motivado*, cuando la devolución del proyecto ha de ir acompañada de una exposición de motivos; o puede *no ser motivado*, cuando sólo se exige una

---

1 Véase la discusión en pro y en contra del referéndum en BARTHELEMY-DUEZ: *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 123 (1933).

2 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, n. 187; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 742.

nueva deliberación. De la misma manera la confirmación por las Cámaras del proyecto o ley devuelto puede hacerse, según algunas Constituciones, por simple mayoría de votos; según otros, por mayoría calificada de dos tercios.

Algunos llaman *veto popular*, en el referéndum facultativo, cuando el pueblo rechaza (veto) la ley aprobada por el Parlamento. La Constitución de Weimar estableció (art. 74) el veto del Reichsrat contra una ley aprobada por el Reichstag.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica nos ofrece un ejemplo de veto suspensivo. Presentado al Presidente un *bill* aprobado por el Congreso, puede firmarlo y se trueca en ley. Si, al contrario, no lo aprueba, lo devuelve, dentro del espacio de diez días, a la Cámara de donde procede, exponiendo los motivos de su repulsa. Si ambas Cámaras deliberan de nuevo sobre el *bill* y lo votan con una mayoría de las dos terceras partes, es ley sin necesidad de la firma del Presidente. Si el *bill* no logra reunir esa mayoría, caduca.[1]

La institución del veto suscita también sobre su conveniencia, sus ventajas y su compatibilidad con la autoridad de las Asambleas, las más opuestas opiniones. Creen algunos que es una especie de *capitis diminutio* de las Asambleas, a las que se trata como a menores, dejando en suspenso y aun anulando sus facultades características. Creen otros que es un freno indispensable contra la arbitrariedad y absolutismo parlamentarios.

Es lo cierto que, en la mayor parte de las naciones, la facultad del veto es letra muerta; ya porque el predominio adquirido por el Parlamento ha acarreado el desuso, ya también porque los Jefes de Estado tienen sobrados medios para hacer abortar un proyecto de ley, antes de que llegue a la firma regia o presidencial.

En cambio, en algunas, como en la República norteamericana, se ejercita la facultad del veto con frecuencia y eficacia. Véase lo que dice Bryce en su obra clásica (Ed. francesa Giard, t. I, p. 96): "Lejos de excitar el descontento del pueblo al resistir a las decisiones de sus representantes, el Presidente, la mayor parte de las veces, conquista gran popularidad al hacer uso valientemente del poder del veto. Esta actitud denota en él firmeza y muestra que tiene una línea de conducta y que no duda en seguirla. La nación, a la que con frecuencia no le faltan buenas razones para desconfiar del Congreso, organismo capaz de obedecer a malignas influencias privadas, o de dejarse arrastrar por los clamores de alguna perversa facción de fuera, considera al hombre a quien ha escogido con sus votos como guardián de la Constitución y ha aprobado la extensión que la práctica ha dado a su

---

1 BRYCE: *La République americaine*, t. I, p. 94.

poder." Y cita el caso de míster Cleveland, que en el período primero de su presidencia opuso su veto a 301 bills.

5. Las Cámaras representativas y el Rey, conjuntamente, órganos del poder legislativo. La sanción real. — El órgano legislativo, en este sistema, está constituído por las Cámaras y el Rey, de suerte que el concurso de ambos elementos es indispensable para la formación de las leyes.

Pero las Cámaras, en este caso, no son meramente consultivas, de suerte que su misión se limite a informar y asesorar al Monarca o Jefe del Estado, dejando libre el ejercicio de su voluntad; sino que el acuerdo de las mismas liga jurídicamente la voluntad del Príncipe, que no puede legislar sin el concurso de ellas. Ordinariamente, las Cámaras discuten y redactan la parte dispositiva de la ley, que someten a la aprobación del Jefe del Estado.

A su vez, el Monarca no se encuentra ligado, ni obligado jurídicamente por las proposiciones aprobadas en las Cortes, que puede aceptar o rechazar, según le parezca convenir o no a la nación. Brota, pues, la ley del concurso de ambas voluntades. La Cámaras establecen la parte dispositiva de la Ley, y el Monarca la sanciona; es decir, la acepta, aceptación que informa a aquellas disposiciones de la fuerza obligataria.

La iniciativa corresponde a ambos elementos, aunque no repugna al sistema el que la ejerzan también los ciudadanos en determinadas condiciones, como es natural. Cabe, de la misma manera, el referéndum, aunque disuena algún tanto del régimen.

Respecto a la intervención de las Cámaras, nada tenemos que añadir a lo dicho en el número anterior. Pero sí requiere alguna exposición el carácter que tiene la sanción real.

La sanción del Jefe del Estado. — Muchos autores han confundido la sanción con el veto absoluto. Y, si bien el efecto práctico de la oposición del veto y de la negación de la sanción, respecto de la eficacia de una ley, es el mismo; sin embargo, se diferencian por su naturaleza esencialmente.

El Prof. *Duguit* expresa con toda claridad esta diferencia: "Teóricamente, hay una diferencia capital entre la sanción real y el veto aun absoluto. La sanción real implica que la ley no está hecha si no es por el concurso de las voluntades de la asamblea y del Rey. En tanto no exista ese concurso de volun-

tades, no hay ley. La Asamblea establece la parte dispositiva de la ley; el Monarca le concede la fuerza obligatoria. La sanción, entendida en este sentido, existía en el viejo régimen constitucional inglés, según el cual, el Rey formaba parte integrante del Parlamento; y, por lo tanto, la ley era querida *por el Rey en el Parlamento*. Teóricamente, la ley resulta del concurso de las voluntades de las Cámaras y del Rey".[1] Tal era, continúa, el alcance de la sanción real en la Constitución francesa de 1814, que decía: "La función legislativa se ejerce colectivamente por el Rey, la Cámara de los Pares y la Cámara de los Diputados y de los Departamentos. El Rey sólo sanciona y promulga las leyes."

Lowel afirma lo mismo respecto a la Constitución inglesa[2]: "La integridad del poder legislativo pertenece al Rey en el Parlamento; es decir, al Rey obrando de concierto con las dos Cámaras."

El mismo alcance daban también los autores alemanes a la sanción del Emperador y de los Monarcas alemanes en general. *Laband* establece que la parte dispositiva de la ley la vota el Parlamento, y que la orden de someterse a la ley es la sanción, la cual emana del Jefe del Estado, y mientras no intervenga, no hay ley, porque falta uno de los elementos esenciales de la misma.[3]

Estas ideas clarísimas sobre la sanción prueban lo equivocadas que son las consideraciones que Santa María de Paredes hace de la sanción en su popular *Tratado de Derecho Político*[4]: "La sanción tiene por objeto, dice, aduciendo el testimonio de Reus Bahamonde, no sólo aumentar el prestigio de la ley, sino imprimir el carácter de unidad a aquello que ha de obligar a todos; mediante ella, el Jefe del Estado, como representante de la unidad suprema, hace suya la ley para que descendiendo con semejante apropiación de lo alto, obligue por igual a todos aquellos (órganos), cuya categoría no es inferior a la del poder legislativo y que, por lo tanto, hasta tanto que la sanción llega, se encuentran libres de cumplir y aun conocer la decisión de las Cámaras. Y, en efecto, la sanción no sólo garantiza al ciudadano que la ley se ha hecho constitucionalmente, sino que es también garantía de la independencia de los poderes públicos; pues, de lo contrario, el ejecutivo y el judicial quedarían obligados únicamente por la de-

---

1 DUGUIT: *Manuel de Droit constitutionnel*, 1907, pár. 139. BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 738 y ss.

2 Op. cit., t. I, c. I.

3 Véase también ORBAN: Op. cit., t. II, n. 238.

4 Parte 3.ª, sec. 2.ª, vol. V.

claración de otro poder igual en autoridad al suyo, y que, tal vez, se extralimitase en el ejercicio de sus funciones."

A la vista salta la poca consistencia de estas afirmaciones. No deja de ser nuevo eso de hacer al Monarca como una especie de Notario del Reino, para garantizar a todos la existencia y constitucionalidad de las leyes. Aparte la absurda suposición de la igualdad e independencia de poderes, con la consiguiente elevación de los acuerdos legislativos a una esfera superior para de allí planear por igual sobre todos; artificiosa concepción nacida al calor de la errónea y mal entendida división de poderes y de la creación del cuarto, imaginado por Constans.

6. Promulgación y publicación de la ley. — La promulgación de la ley es la notificación solemne y autoritaria de la misma a los súbditos. Corresponde hacerla, aun en los países en que legislen plenamente las Cámaras democráticas, al Jefe del Estado. Suelen y deben señalarse de antemano, con toda claridad y precisión, los actos auténticos, las formalidades externas en que consiste la promulgación, por ser el punto de partida para que comiencen a obligar las leyes. Y tales actos deben ser de tal naturaleza, que no quede duda ninguna sobre su existencia y conocimiento. El medio más ordinario suele ser la publicación impresa de la ley en *Gacetas o Boletines oficiales,* dando un período prudencial suficiente para la difusión, al cabo del cual, entra la ley en vigor.

La publicación es la divulgación de la ley para que llegue a conocimiento de todos. Los medios utilizados para la promulgación de las leyes contribuyen, sin duda, a su divulgación. Pero ésta puede obtenerse también por todos los instrumentos de publicidad que estén a nuestro alcance.

CAPÍTULO TERCERO

SUMARIO: 1. Las Cámaras representativas como órganos legislativos. — 2. El bicameralismo: el problema de la unidad o dualidad de las Cámaras. Orígen histórico y desarrollo. — 3. Diversas estructuras que ostentan las Cámaras Altas. — 4. Doble fenómeno en la historia de las Altas Cámaras: democratización y pérdida de prestigio y de atribuciones. — 5. Fundamentos de la dualidad de las Cámaras. — 6. La Cámara Baja: su composición, su predominio.[1]

1. Las Cámaras representativas como órganos legislativos. — En los regímenes liberales modernos, si no el único, el principal órgano del poder legislativo son las Cámaras representativas o el Parlamento. Como advierte *Barthelemy-Duez,* en todas las Constituciones, el Parlamento es el órgano que tiene la misión de hacer las leyes, con o sin la colaboración del Gobierno; pero las mismas Constituciones les confían o encargan otras misiones, como, en el régimen parlamentario, la de vigilar la gestión ministerial, exigiendo responsabilidad política a los ministros; otras veces, funciones judiciales, con jurisdicción especial sobre personas determinadas en delitos particulares; funciones representativas, etc.

Suelen designarse las Cámaras representativas con otros nombres como Parlamento, Cortes, Congresos, Asambleas, etc.,

---

1 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político,* nn. 163 y ss. (Reus, 1939); BARTHELEMY ET DUEZ: *Traité de Droit constitutionnel,* 2.ª Parte, tít. 2.º, El Parlamento, pp. 444 y ss.; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel,* pp. 172 y ss. (Sirey-París, 1949); ESMEIN-NEZARD: *Eléments de Droit constitutionnel,* parte 1.ª, tít. 1.º, c. III (Sirey, 1927); F. MORSTEIN MARX: *Foreign Governments,* passim (New York. Prentice-Hall, 1950); C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución,* sec. 3.ª, pár. 23. (Edit. Derecho Privado. Madrid, 1934); J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit constitutionnel* (2.ª édition), p. 612 y ss. (Domat-París, 1947); CALAMANDREI: *Comentario sistematico alla Costituzione italiana,* t. II: II Parlamento, n. 3 (G. Barberá-Firenze, 1950); C. P. ILBERT: *El parlamento.* Edit. Labor, Barcelona; JOHN A. R. MARRIOTT: *Second Chambers.* Oxford-Clarendon Press, 1927.

según los países y según también se quiera hacer resaltar alguna nota o carácter distintivo.[1]

2. El bicameralismo. Origen histórico y desarrollo. — La división del Parlamento en dos Cámaras es fenómeno general en los regímenes constitucionales; de tal suerte, que el bicameralismo se puede considerar como uno de los principios del Derecho constitucional moderno.

En efecto, la Cámara única, hasta la infiltración soviética, ha sido y sigue siendo una excepción. Fuera de las Constituciones de 1791 y 1848 en Francia; de 1812 y 1931 en España; fuera de Servia y Yugoeslavia, de Irlanda, Turquía, Albania, Finlandia y Países bálticos y algunos pueblos de la América Central, todas las demás naciones han aceptado el sistema bicameral. Las *Cortes* del nuevo Estado español también se reúnen en una sola Cámara.

El origen histórico de esta división en dos Cámaras de la llamada representación nacional, lo encontramos en Inglaterra. Allí, como en los demás países europeos, los Reyes se ayudaban de un grupo de consejeros para el gobierno de sus súbditos y, en particular, para la formación de las leyes, imposición de tributos, etc. Esos consejeros, primitivamente, se reclutaban entre

---

1 Afirma BARTHELEMY-DUEZ que se da a las Cámaras el calificativo de *representación nacional* por ser precisamente órgano, en las democracias republicanas, designado por elección popular; indicando, implícitamente, que tan sólo los órganos designados de esa manera pueden ostentar ese título de representación nacional. Concepto, a nuestro entender, erróneo, por estrecho. No comprendemos por qué, en una Monarquía legítimamente establecida en un país, el Rey no sea, tan plenamente como cualquiera Cámara elegida, genuina *representación nacional*, mucho más genuina y nacional, a veces, que una Cámara salida de una lucha partidista y en hombros de una minoría triunfante, como hemos visto, entre los remolinos de una votación de sufragio universal. Consecuencia del prejuicio democrático rusoniano, que supone que la elección popular es el único procedimiento apto para obtener una genuina representación. En cambio, tienen razón los Profesores parisinos al sostener la *supremacía del Parlamento* que "se traduce por ese carácter que la Constitución le atribuye: el poder de dictar decisiones que ejercen una influencia determinante sobre la vida nacional y que dominan la acción de los demás órganos públicos". Pero esa supremacía le viene de la Constitución; es decir, de la soberanía nacional que, en los regímenes liberales, concentra en las Cámaras el poder de elaborar las leyes que rigen la vida nacional. Pero no de la elección de tipo universal, que no es sino uno de tantos instrumentos que la soberanía nacional puede utilizar para designar sus representantes.

los magnates y caballeros y entre los primates eclesiásticos. Más tarde se juntaron al grupo aristócrata los representantes de las ciudades y condados que no pertenecían a las clases privilegiadas. En 1295, el Rey Eduardo I convocó el llamado Parlamento modelo en el que, junto a la aristocracia seglar y eclesiástica, se sentaron los representantes de las ciudades y condados. Fenómeno, no puramente inglés, puesto que ya, en años anteriores, en 1188, nuestro Rey Alfonso IX reunía, en León, Cortes compuestas por los tres brazos: Hallóse presente el Rey "cum Archiepiscopo, et episcopis, et magnatibus regni, cum electis civibus ex singulis civitatibus..."[1]

Lo que sí fué propio de *Inglaterra,* y luego imitado por América y los países del Occidente europeo, la división del Parlamento en dos Cámaras: la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes.

No convienen los autores en fijar con seguridad la fecha en que ocurrió la división, ni los motivos que la provocaron.

En cuanto a la fecha, consta que ya en 1332, el Parlamento inglés, dividido en dos Cámaras, deliberaba y tomaba sus acuerdos separadamente; y, en cuanto a los motivos, el acuerdo de separación no fué consecuencia de un principio abstracto que, aceptado, aconsejase y decretase la separación. Fué fruto de una evolución que se iba operando en el seno de la vida política inglesa. El llamado clero bajo, replegándose, para tratar de sus asuntos puramente eclesiásticos, a sus *Convocations,* encomendó los asuntos públicos al Clero Alto que, para tratarlos, se unió a los magnates seglares, a los Lores temporales. Los representantes de condados y ciudades gustaban también de deliberar juntos y apartados de los Lores. Así, en ese segundo grupo, apareció espontáneamente el *Speaker* propio, la deliberación separada y el local distinto. La necesidad de unidad entre los dos grupos que, al fin y al cabo, constituían un solo órgano con una finalidad indistinta, fué estructurando el Parlamento único: el Parlamento inglés con doble Cámara: la de los Lores y la de los Comunes.

Así apareció el modelo de Parlamento *bicameral* en Inglaterra, mientras que las naciones europeas continuaban, y continuaron, con sus Cortes y Estados generales, etc., en los que se juntaban en una Asamblea los representantes de los tres brazos.

El abandono de este sistema tuvo lugar con la independencia de

---

1 COLMEIRO: *Curso de Derecho Político según la historia de León y Castilla.* (Madrid, 1873) pp. 275-6.

las colonias americanas y la unión de las mismas con un lazo federal, y con la revolución francesa.

En *Norteamérica* influyó en la erección de una segunda Cámara al lado de la Cámara Baja, más que el empleo de la estructura bicameral de la metrópoli, la necesidad de proporcionar a los miembros que se unían en la Federación, un organismo Supremo nacional que velase por la conservación de sus autonomías particulares. El bicameralismo norteamericano sirvió de modelo a las nuevas naciones hispano-americanas.

En Europa y en la misma Francia de la revolución, como reacción contra el gobierno convencional de una sola Cámara, se alzaron las segundas Cámaras: las de ancianos, el Senado y Tribunado napoleónico, la Cámara de los Pares de Luis XVIII, etc.

El sistema, con ligeras excepciones a las que en líneas anteriores hemos aludido, se extendió por Europa, mientras que en la composición y atribuciones van evolucionando ambas Cámaras. Y la primera guerra mundial no torció la corriente favorable al bicameralismo. Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Suiza, Noruega, Suecia y demás antiguas Constituciones permanecieron fieles a la dualidad orgánica legislativa. Y siguieron la misma corriente las Constituciones de los nuevos Estados. *Polonia* con su Dieta y Senado; *Rumania* y *Checoeslovaquia* con su Senado y Cámara de representantes; *Austria* con sus Consejos nacional y federal, etc. Y aun *Alemania* y *Prusia* con sus Reichsrats, al lado de su Reichstag y Landtag. No parece que las variaciones introducidas en las atribuciones de las Altas Cámaras de estos países sean tan sustanciales como para negarles el carácter de segundas Cámaras legislativas.[1]

En cambio, la estela política que la segunda guerra mundial ha dejado tras sí, ha marcado a las nuevas Constituciones una tendencia unicameralista. Italia conserva la organización bicameral con un Senado y una Cámara de representantes, en paridad de atribuciones legislativas. Francia ha sustituído a su antiguo *Senado* con el *Consejo de la República*, que no es colegisladora con la Asamblea nacional, sino organismo consultivo que emite dictámenes en materia legislativa; es la Asamblea nacional la que *vota sola* la ley y no puede delegar ese derecho (art. 13).

Pero ha sido la Constitución rusa (1936) la que ha impuesto en todos los países a los que llega su influencia una tendencia netamente unicameralista.[2]

---

1 Véase BARTHELEMY-DUEZ: Op. y loc. cit., p. 456.

2 Véase CARLOS OLLERO: *El Derecho constitucional de la postguerra* (Apuntes para su estudio). Barcelona, Bosch, 1949. Se erige una única *Asamblea nacional*, en la que se concentran todos los poderes, y, en par-

3. Diversas estructuras que ostentan las Cámaras Altas. — En la historia del bicameralismo constitucional, se aprecia claramente una evolución transformadora de las llamadas Altas Cámaras, que han ido caminando hacia una mayor democratización, a una cada vez mayor merma de sus poderes, con tendencia, a veces, a la extinción. Con ritmo apenas interrumpido han ido cambiando de estructura y composición, y descendiendo en atribuciones y prestigio. Ello ha dado lugar a la formación de varios tipos variantes que intentaremos encuadrar en algunos tipos o modelos.

Forman el primer grupo las llamadas *Cámaras aristocráticas* y aun, en cierto amplio sentido, las de *nombramiento real;* Cámaras ya desaparecidas o en trance de desaparecer.

Son Cámaras aristocráticas las formadas por personas que obtienen la categoría de Senador por pertenecer a la clase aristocrática, y la transmiten, de ordinario, por herencia, a sus sucesores. Así la *Cámara de los Lores* de Inglaterra.[1] De origen antiquísimo, estaba formada, en sus principios, por los Barones del Reino; más tarde fué la Asamblea de los principales vasallos, grandes propietarios, eclesiásticos y legos, del país. Actualmente es la *Asamblea de los Pares* por título hereditario o por merced del Rey.

Está constituída por: 1) *Pares espirituales y temporales.* Los *Pares espirituales* son los Arzobispos de Cantorbery y York, y los Obispos de Londres, Durham y Winchester, por derecho propio; y otros 21 Obispos, los más ancianos según la fecha de su consagración, todos ellos de la Iglesia Anglicana.

Los *Pares temporales* son de tres clases: *Pares de Inglaterra,* los descendientes de los Lores que obtuvieron el título de su Pairía antes de la promulgación del acta de Unión de Inglaterra y Escocia (1707); los *Pares de la Gran Bretaña;* es decir, los Lores que fueron creados desde la Unión de Inglaterra con Escocia hasta la Unión de Gran Bretaña con Irlanda (1801); y los *Pares del Reino Unido;* es decir, los Pares creados después de esta última fecha.

---

ticular, el legislativo, a excepción de Rusia misma y Yugoeslavia que, por el carácter de Estados federales, crean, al lado de la Asamblea nacional, *El Consejo de los pueblos* (Yugoeslavia) y *el Consejo de las nacionalidades* (Rusia). Por tanto, Polonia, como Checoeslovaquia, Rumania, Bulgaria y Hungría y Albania, no conocen más que un único órgano legislativo, una Asamblea nacional.

1 J. LAFERRIÈRE: Op. cit., p. 618.

A estas tres clases, hay que añadir los *Pares Representantes de Irlanda y de Escocia.* Porque los descendientes de los Pares que existían en cada uno de estos reinos, aunque *personalmente* no tenían derecho a sentarse en la Cámara de los Lores, lo tenían para designar, entre ellos, algunos que los representasen: Irlanda 28 Pares, y Escocia 16.

2) Los *Pares a quienes la Corona* (el Gobierno en el poder) conceda esta prerrogativa. La Corona conserva derecho ilimitado para crear nuevos Pares.

3) Los *Pares legistas.* Eminentes jurisconsultos que nombra el Rey de por vida, en número hoy de siete, y a los que se confía el ejercicio de las funciones de Tribunal de Justicia que corresponde a la Alta Cámara.[1]

La *Cámara de los Lores* aún subsiste en Inglaterra, si bien mermadas en sus atribuciones legislativas y en trance de radical transformación.

La Cámara de los Lores en Inglaterra ha atravesado graves crisis, que han de terminar, probablemente, cambiando de manera radical su estructura en sentido democrático. Después de varias tentativas[2] y diversos proyectos que quedaron en suspenso durante la guerra europea, ya muy avanzada ésta, el Gobierno, el 25 de agosto de 1917, designó una Comisión de estudios, formada por quince diputados y quince Lores, cuya presidencia confió a Lord Bryce. El informe de esa Comisión (entregado en forma de carta por Lord Bryce al primer ministro) se publicó entre los trabajos parlamentarios.

Además de la disminución de atribuciones, el informe proponía que: 1) La formación de la Alta Cámara se base en los siguientes principios: La Cámara Alta estará formada por personas:

a) de gran experiencia en los servicios públicos, en cuestiones agrícolas, financieras, militares o imperiales;

b) aptas para prestar grandes servicios, pero que carecen del vigor físico necesario para presentar su candidatura a la Cámara Baja y tomar parte en sus debates;

c) que, ante todo, no sean hombres de partido, sino que conserven cierta libertad de juicio.

2) Que la Cámara sea electiva. La mayor parte de sus miembros serán elegidos por los miembros de la Cámara de los Comunes agrupados en trece circunscripciones territoriales de la Gran Bretaña. Esas circunscripciones, según su población, y siguiendo el sistema propor-

---

1 LOWELL: *Le Gouvernement de l'Anglaterre*, t. I, Pte. 1.ª, c. XXII; WALLACE: *The government of England*, P. 1.ª, c. VIII.

2 *Le Gouvernement de l'Anglaterre*, t. I, parte 1.ª, c. XXII; J. LAFERRIÈRE: Loc. cit.

cional y de escrutinio por lista, elegirán 246 miembros de la Cámara (además 47 para Irlanda) por doce años, renovándose, por terceras partes, cada cuatro años. La cuarta parte de los miembros de la Alta Cámara (81) se elegirán entre los Pares hereditarios o entre los Obispos que ocupen una sede. Los elegirá una Comisión permanente de diez miembros, cinco elegidos en la Cámara Baja por el Speaker y cinco en la Cámara Alta por la Comisión de selección. Serán elegidos también por doce años, renovándose por terceras partes cada cuatro años.[1]

En los demás países han desaparecido bajo las olas democráticas del pasado siglo los últimos restos de Cámaras aristocráticas, como la Cámara de los Magnates, de Hungría, y la Cámara de Señores de Prusia y el Estamento de Próceres, de nuestro Estatuto Real de 1834.[2]

Hemos incluído también en el grupo de *Cámaras aristocráticas*, las de nombramiento real; aquellas en las que es la voluntad del Rey la que designa sus miembros de por vida, ya libremente, ya dentro de determinadas categorías señaladas por la ley. Y ello, porque esas categorías, dentro de las cuales ha de escoger el Rey los miembros de la Alta Cámara, suponían, si no la nobleza de sangre hereditaria, cierta preeminencia y superioridad social por altos cargos ejercidos o méritos culturales, políticos, financieros, etc.

Modelos de estas Altas Cámaras nos ofrecen el Senado establecido por nuestra Constitución de 1845 y el Senado del Estatuto italiano de 1848.

El Senado italiano estaba compuesto (aparte del pequeño grupo de los Príncipes de la Casa Real), por miembros nombrados por el Rey en número ilimitado, de las categorías siguientes: 1) Arzobispos y Obispos; 2) Presidente de la Cámara de diputados y Diputados en tres legislaturas y seis años de ejercicio; 3) Ministros y Secretarios de Estado; 4) los que han ocupado altos cargos diplomáticos, en la magistratura, en el ejército; 5) Consejeros de Estado; 6) Presidentes de los Consejos Provinciales; 7) Intendentes generales, prefectos; 8) miembros de las Reales academias; 9) del Consejo de Instrucción Pública; 10) los que han ilustrado la patria con servicios y méritos eminentes, etc.[3]

---

1 ESMEIN: Parte 1.ª, c. III. Véase DARESTE: *Les Constitutions modernes*, t. I.

2 DARESTE: *Les Constitutions modernes*, t. I.

3 Estatuto de 1848, art. 33. DARESTE: t. I.

EL GRUPO DEMOCRÁTICO de altas Cámaras lo integran los Senados cuyos miembros son designados por sufragio directo o indirecto de los ciudadanos.

Ejemplo de Senado elegido por sufragio directo de la nación nos ofrece Noruega. Los ciudadanos noruegos, por sufragio universal directo, eligen a los miembros de su órgano legislativo: el *Storthing*, que se divide en dos secciones o Cámaras. Una cuarta parte de los elegidos forma la Alta Cámara, *Lasthing;* y las otras tres cuartas partes la Cámara Baja o *Odelsthing*.

Pero de ordinario los Senados democráticos se eligen por sufragio indirecto de segundo grado, exigiéndose en los elegidos mayor edad que la exigida para ser diputados, 30 o 40 años. En *Francia* las leyes de 1875 crearon un Senado compuesto de 300 miembros elegidos por los Departamentos. En cada uno de ellos, formaban el colegio electoral, los diputados del mismo, los Consejeros generales, los de *Arrondissements* y los delegados designados por los Consejos municipales. Parecida base electoral tiene el *Consejo de la República* de la Constitución de 1946.

El *Senado belga* emplea para su formación las dos formas de sufragio, directo e indirecto, y la cooptación. Se compone de Senadores elegidos: 1) *directamente* por la población de cada provincia; 2) por los Consejos provinciales, y 3) por los Senadores del grupo 1) y 2) en número no superior a la mitad de los Senadores del grupo 2).

SENADOS FEDERALES.[1] — Las Cámaras Altas federales, propias de los Estados del mismo nombre, son aquellas cuyos miembros son designados, siguiendo diversos sistemas, por los Estados particulares que componen el Estado federal. Por lo mismo, los Senadores no representan a la nación, sino a los Estados particulares, y tienen por misión, no sólo representar, sino también salvaguardar la autonomía, y, a veces, la igualdad de los Estados miembros. De aquí la variedad en el método de designación de los Senadores.

En *Norteamérica,* cada Estado, cualquiera que sea su población, nombra dos Senadores, estando establecido en la Constitución que "ningún Estado puede ser privado de su derecho de *representación* igual en el Senado, sin su consentimiento".

En cuanto al procedimiento electoral, el art. 1.° (Sección 3.ª) de la Constitución prescribía que las *Legislaturas* de cada Estado nombra-

1 J. LAFERRIÈRE: Op. cit., p. 614.

sen los dos Senadores. Más tarde (1913) la enmienda decimoséptima, impuso la elección de los Senadores por sufragio universal de los ciudadanos de cada Estado.

Los países iberoamericanos, constituídos en Repúblicas-federales, como Méjico y Argentina, siguen para la formación de sus Senados la pauta que les señala el Senado norteamericano: cada Estado miembro o provincia envía al Senado una representación igual.

En *Suiza,* el *Consejo de los Estados,* está compuesto por representantes de los Cantones, dos por cada Cantón y uno por un semicantón. Y son los mismos Cantones quienes determinan el modo de elección, la elegibilidad del candidato y la duración del mandato del Consejero. En algunos Cantones los elige el pueblo; en otros, el Gran Consejo y en otros la Landgemeinde.[1]

El *Consejo federal* de Alemania, tanto el *Bundesrath* del Imperio, como el *Reichsrat* de la Constitución de Weimar, como aún el Bundesrath de la República federal de la Alemania Occidental, representaban a los Estados miembros o a los "Países" que integraban el Reich alemán.

Pero, en contraste con otras Constituciones federales, la representación de cada Estado miembro no era igual. En el Imperio, Prusia nombraba 17 representantes; Baviera, 6; Sajonia, 4; Baden, 3; Schwevin, 7; Brunswich, 2; y los restantes Estados y ciudades libres, 1 (*Dareste,* I: Allemagne).

En la *República de Weimar* la representación que correspondía a cada País era proporcional a su población y sigue el mismo criterio la nueva República de la Alemania Occidental.[2]

GRUPO CORPORATIVO. — Las *Cámaras corporativas* son las que buscan la representación del país a través de las Corporaciones. Supone ese sistema encuadrada la población de un país en asociaciones profesionales y corporaciones, y en la representación de esas corporaciones encuentran la representación genuina del país.

Pero la corriente corporativista en cuanto reclama un puesto en los órganos supremos nacionales, se divide en varias direcciones. La que se limita a reflejarse en la Alta Cámara, reservando la Cámara Baja para la representación del elemento individual; así en Portugal. Y la que pretende absorber toda la

---

1 SAUSER HALL: *Guide politique Suisse;* M. GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado,* c. X-VI (Rev. de Occidente. Madrid, 1950).
2 BRUNET: *La Constitution Allemande du 11 Novb. 1919.*

representación nacional en una única Cámara corporativa. Así en la *Italia fascista,* que completa esa representación con la del partido único.

La *Cámara corporativa portuguesa* "está compuesta de representantes de las autarquías locales y los intereses sociales, considerados éstos en sus ramas fundamentales de orden administrativo, moral, cultural y económico, designando la ley a aquellos a quienes incumbe tal representación o la forma de elección y la duración de su mandato" (Const. art. 102).

Por lo tanto, la composición de la Cámara corporativa tiene una triple base: 1) Las autarquías locales; 2) las corporaciones morales, culturales y económicas, y 3) la Administración pública.

Son procuradores, bajo el primer capítulo, los Presidentes de las Cámaras municipales de Lisboa y Oporto, el Presidente del municipio elegido por los restantes municipios urbanos, y los tres Presidentes de las Cámaras de los municipios elegidos por los municipios rurales. Los municipios de Madera y Azores eligen también los Presidentes.

Representan a los organismos corporativos, en sentido estricto, los Presidentes de las corporaciones y aquellos miembros del Consejo de la Corporación que designe el Consejo corporativo, dentro de ciertas normas que tienden a asegurar estos puestos a los Presidentes de los gremios o sindicatos que las integran. En las *Casas del pueblo* y en las *Casas de pescadores,* el Consejo corporativo designa libre y directamente a los Procuradores.

Finalmente, el mismo *Consejo corporativo* designa a los representantes de la Administración pública.[1]

Como se ve, la *Cámara corporativa portuguesa* ofrece el carácter de una representación orgánica e institucional, puesto que la representación se alcanza a través de los órganos naturales de cada corporación.

Su competencia es también amplísima. Pues "corresponde a la Cámara corporativa emitir dictamen sobre todas las propuestas, proyectos de ley y sobre todos los Convenios o tratados internacionales

---

1 *El Consejo corporativo* (Decreto-Ley, n. 24.362 de 15 de agosto de 1934) está formado por el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros de Justicia, Obras públicas y Comunicaciones, Comercio e Industria y Agricultura, el Subsecretario de Estado de las Corporaciones y Previsión social y dos Profesores de Derecho corporativo de las Universidades de Lisboa y Coimbra. Es de su competencia: estudiar la orientación a seguir en la resolución de los problemas de la reforma del Estado que se derivan de la organización corporativa; e imprimir unidad de acción a los servicios públicos en la realización de la organización corporativa.

que sean presentados a la Asamblea nacional, *antes de empezar su discusión en ésta*" (art. 103. Constitución). También "el Gobierno puede consultar a la Cámara corporativa sobre Decretos generales que hayan de ser publicados o propuestas de ley que hayan de ser presentadas a la Asamblea nacional" (art. 105).

Esta competencia induce a algunos a preguntar si esta Cámara, mejor que una segunda Cámara representativa, haya de calificarse como alto Cuerpo consultivo.[1]

La Cámara *corporativa fascista* (Cámara de los Fascios y Corporaciones) que sustituyó a la antigua Cámara de los Diputados (e inutilizó al Senado del Estatuto de 1848) estaba formada, según la ley de su creación: *a*) por el Duce del Fascismo; *b*) por los miembros del Gran Consejo del Fascismo; *c*) por los miembros del Consejo Nacional del P.N.F.; y *d*) por los miembros del Consejo Nacional de las Corporaciones.

Como se ve, la intervención predominante del partido político único desnaturalizaba a la Cámara, privándola de su carácter corporativo.

Las *Cortes españolas* (creadas por Decreto-Ley de 1942), de estructura también corporativa, no son una Cámara Alta, sino órgano único legislativo. De ellas trataremos en lugar oportuno.

4. Doble fenómeno en la evolución de las Altas Cámaras: democratización y pérdida de prestigio y atribuciones.[2] — Las Cámaras Altas de los regímenes políticos liberales que han predominado en Europa y América en la época moderna, han caminado, con alguna reacción de retroceso, con ritmo firme a una mayor democratización y merma continua en su prestigio político.

Hace tiempo que desaparecieron las Cámaras aristocráticas. El Estamento de los Próceres de nuestro Estatuto Real apenas tuvo vida. La Cámara de los Pares de Luis XVIII sucumbió a los golpes de la revolución de 1848, y los Senados de ambos Napoleones, instituídos como guardianes de la Constitución, sucumbieron con ellos mismos sin dejar huella en la vida política de la nación. La misma suerte cupo a las Cámaras de Magnates y Señores de Prusia, Austria y Hungría. La Cámara de los Lores inglesa aún se mantiene en pie, intacta en su antigua composición, pero mutilada en sus atribuciones esenciales y amenazada de reformas democráticas (y aun de simple supresión)

---

1 V. MANUEL DE LA QUINTANA: *La reforma constitucional portuguesa* (Instituto de Estudios Políticos); LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *El Derecho constitucional en Inglaterra, EE. UU., Francia, U.R.S.S. y Portugal.*

2 J. LAFERRIÈRE: Op. cit., p. 623.

que solamente se retrasan por la dificultad de dar con una sustitución aceptada por los partidos en pugna.

Han corrido el mismo sino las Cámaras de nombramiento real: la española de 1845, y aun la italiana de 1848 que, acomodándose dócilmente a los diferentes cambios políticos, tan profundos como el fascista, ha conseguido llegar hasta la instauración de la república.

A las Cámaras aristocráticas y de nombramiento real desaparecidas, han sustituído las *democráticas* de elección popular, prefiriéndose, a los principios, las elecciones de 2.º grado a través de los organismos locales, Gobiernos, legislaturas de los Estados miembros, etc. Con la elección indirecta se suponía que la designación hecha por órganos intermedios había de lograr una mayor selección del personal senatorial, elevando el nivel político de las segundas Cámaras. Aun en los Estados federales, la elección por las legislaturas o Gobiernos ha cedido al sufragio universal directo como en Norteamérica, en Méjico y en algunos Cantones suizos.

Paralela a la democratización ha corrido la merma en sus atribuciones. Quedan pocas Constituciones que, como la vigente republicana italiana, mantenga la antigua fórmula de que "ambas Cámaras son iguales en facultades". No sólo por la prioridad y preferencia, en materias financieras, concedida desde el principio a la Cámara Baja, sino en todas las demás. La Cámara Alta inglesa sólo pone un veto dilatorio a la legislación y no influye nada en la vida del Ministerio. El Consejo de la República francesa, como la Cámara corporativa portuguesa, son más bien un órgano consultivo. Y el Reichsrat de la Constitución de Weimar, en conflicto con el Reichstag, ha de ceder ante la reiteración de la voluntad de esta Cámara. La misma declinación se observa en las atribuciones fiscalizadoras sobre el Gobierno, que se van concentrando en la Cámara Baja.

Finalmente, la tendencia rusa, acentuando hasta el extremo la nota democrática, empuja hacia el Gobierno de Convención, con la supresión de toda clase de Cámaras Altas y la concentración de todos los poderes en las Cámaras populares. Sólo se mantiene la Cámara Alta en los Estados federales, con la misión de servir de órgano de enlace entre los miembros federados.[1]

---

1 Véase RAFAEL DE LUIS y LUIS ORTIZ MUÑOZ: *Los problemas del día en las Constituciones extranjeras*. Madrid, 1931; PÉREZ SERRANO Y GON-

5. Fundamentos de la dualidad de las Cámaras. — La mayoría de las razones que se aducen contra la Cámara única y en favor de la dualidad no contienen demasiada fuerza persuasiva.[1]

1) Nos parece caprichoso e infantil afirmar que la Cámara Baja representa el principio de la vida nacional, de donde parte el impulso de mejora y de toda reforma progresiva; mientras que el Senado representa la tradición recelosa, con la misión de moderar los ímpetus impremeditados o prematuros y dar lugar a un movimiento equilibrado de la vida política.

Ante todo, parece gratuito adjudicar, de antemano e institucionalmente, tendencias y misiones opuestas a las dos Cámaras, como invitándolas así, por su misma constitución, al conflicto y a la lucha. Ni hay por qué confundir innovación y progreso, ímpetu y mejora. Pudiera ocurrir lo contrario: que el verdadero progreso sea fruto de la reflexión, de la experiencia y serenidad. En resumen, sería más prudente y razonable reunir en una sola Cámara los diversos elementos sociales, para que, sin esas contraposiciones artificiosas, más fácilmente se llegase a una cooperación armoniosa entre distintas tendencias e intereses de la nación.

2) Pero el principal argumento que se esgrime se deriva de la idea de Montesquieu, de que todo poder único degenera en tiránico y que, para refrenarlo, el mejor recurso es el de dividirlo. Aduce Esmein, para confirmar la tesis, las palabras de *Story* en sus "Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos", de "Federalista", y del clásico tratadista Bryce.[2]

Dice este autor: "La ciencia política moderna considera como una necesidad la existencia de dos Cámaras; se juzga indispensable oponer una Cámara igualmente poderosa a una Asamblea que tiene una tendencia innata a obrar con precipitación y a convertirse en tiránica y corrompida. Los americanos limitan los poderes del órgano legislativo dividiéndolo, como

---

ZÁLEZ POSADA: *Constituciones de Europa y América* (Madrid, V. Suárez, 1927); MARRIOT: *Second Chambers*. Oxford. Clarendon Press, 1927; MCBAIN AND ROGERS: *The new constitution of Europe*. New York, 1922; T. MORSTEIN: *Foreign Governments* (New York. Prentice-Hall, 1950).

1 Véase ESMEIN-NEZARD: Op. cit., Pte. 1.ª, tít. 1.º, c. III (Edit. 1927); ORBAN: Op. cit., t. II, nn. 187-8; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 456. (Dalloz, 1933); ORLANDO: Op. cit., n. 227; G. VEDEL: Op. cit., p. 174 (Sirey-París, 1949); J. LAFERRIÈRE: Op. cit., p. 627.

2 BEYCE: *La République americaine*, 2.ª Edic. francesa, t. II, p. 104.

los Romanos limitaban el del ejecutivo sustituyendo al Rey con dos cónsules".

Se oculta, en todo este raciocinio, la ilusión y el equívoco de la teoría de la división de poderes de Montesquieu de que hablamos suficientemente en el cap. I de este libro. No comprendemos que, para evitar o reprimir la tiranía de una Cámara, sirva gran cosa crear otra enfrente con igual potencia. Al contrario: la división corporativa ahonda las diferencias, acentúa la diversidad y acrecienta la oposición. Con lo que, en vez de reprimir la tiranía, sólo se logra crear un conflicto insoluble, y prácticamente se ha llegado a establecer la preponderancia jurídica efectiva de una Cámara sobre la otra; ordinariamente, como lo acabamos de ver, de la preponderancia de la Cámara Baja sobre la Alta. O, en último caso, con la apelación a una autoridad superior, que si no es el Jefe del Estado, ha de ser la soberanía nacional, v. gr., con un *referéndum*.

3) Menos valor tienen otras consideraciones que se hacen a este respecto. Que con la división se consigue, dicen, que los acuerdos legislativos se tomen con más reflexión, madurez y competencia, pasados por el doble tamiz de una discusión repetida desde distintos puntos de vista. En ellas encontrarán, además, oportuno remedio y moderación los arrebatos, las precipitaciones a que una ráfaga de entusiasmo irreflexivo podría arrastrar a la Cámara Baja.

Pero los acuerdos impremeditados, los arrebatos pasionales, pueden hallar remedio, dentro de una sola Cámara, en bien meditados procedimientos de deliberación, sometida a una reglamentación prudente y vigorosa.

4) Y una breve consideración sobre las Altas Cámaras federales: son las que ostentan mayor estabilidad y, tanto en su estructura como en sus atribuciones, apenas si varían de su primitivo esquema originario. Pues bien, las causas de su formación y de su carácter son *históricas*, como se deduce del origen de las naciones más característicamente federales: Norteamérica, Suiza y Alemania. Las colonias emancipadas de Norteamérica, y los Cantones suizos y los diversos Estados alemanes que se unieron en Federación, eran, antes de la unión, entidades u organismos políticos independientes, que sintieron la conveniencia o necesidad de formar una sola entidad nacional para así proveer mejor, sin mengua, en lo posible, de sus peculiari-

dades nacionales y de su autonomía política, a su propia defensa y al fomento de la prosperidad común.

Por eso, la gran preocupación de los delegados o representantes de los miembros de la Confederación norteamericana que, bajo la presidencia de Washington, se reunieron en Filadelfia para redactar la Constitución federal, fué la de limitar hasta lo indispensable las facultades del Poder central, y conservar, con las mayores garantías posibles, las facultades autónomas de los Gobiernos locales. A eso obedece el precepto general de que las atribuciones de gobierno que la Constitución no otorga expresamente al poder central, se supone que corresponden de derecho a los miembros o países federados; a eso obedece la escrupulosa minuciosidad con que se determinan, en la misma Constitución, cuáles son los poderes del Estado federal y cuáles los de los Estados federados; a eso obedece, finalmente, la creación de un Senado, representante de los Estados miembros, defensa y baluarte de sus derechos, en paridad de facultades con la otra Cámara. Todos los Cantones en Suiza y todos los Estados particulares en Norteamérica, a pesar de sus grandes diferencias en riqueza, cultura y población, envían al Senado el mismo número de representantes, sin que esa igual representación pueda variarse (Norteamérica) contra la voluntad del interesado.

6. La Cámara Baja. Su composición y su poder. — La Segunda Cámara o Cámara Baja es conocida en los distintos países con diferentes denominaciones: Cámara de Representantes, Cámara de los Comunes, Reichstag, etc.

En el régimen democrático liberal, no suscita la segunda Cámara la divergencia de opiniones, como la primera, sobre su carácter, su significación, la forma de su reclutamiento, sus atribuciones.

Es verdad que, en los últimos pasados lustros, la Cámara Baja liberal e individualista ha sufrido graves crisis, y algunas naciones (Alemania, Italia, Portugal) han reaccionado vivamente contra ella, suprimiéndola o dando a la representación nacional otra estructura y otra misión. Pero han sido reacciones pasajeras que, en esas naciones, han sido sofocadas por la victoria de los aliados, de los países llamados democrático-liberales, por más que, entre ellos, figure un país tan antidemocrático y antiliberal como Rusia.

Por eso, fuera de alguna pequeña excepción, de la que nos hemos de hacer cargo en momento oportuno, en todas las naciones liberales modernas, la Cámara Baja se supone que es la representación de toda la nación sin distinción de clases, ni de calidad de personas, elegida por sufragio individual, directo y universal. El número de representantes varía naturalmente en cada Estado; pero siempre es proporcional a determinado número de habitantes que cada Constitución señala con más o menos precisión.

Reclutada de esa manera la Cámara Baja, se *presupone* que es la representación genuina del país, porque el país todo, sin distinción de clases, ni de grado (sufragio universal igualitario) interviene en su formación: verdadera representación del país, no discutida, mientras que el Senado es discutido en su existencia, en la manera de su formación y en sus facultades.

Más aún: durante siglo y medio de vida de régimen constitucional democrático, paralela a la del Senado, se observa otra evolución semejante en la Cámara Baja, similar en un aspecto, y contraria en otro.

Similar en un aspecto: en el de la continuada democratización; y opuesto en otro, en el aumento o disminución de facultades.

Progresiva democratización, claramente ostensible en la supresión de toda clase de franquicias y restricciones electorales que pueda limitar el número de votantes, como el censo, la cultura, etc. Todo ciudadano, mayor de edad (y aun ésta, a veces, se rebaja), tiene derecho a votar en absoluta igualdad de condiciones.

Y en sentido opuesto, porque la merma de facultades del Senado se trueca en la Cámara Baja en aumento. Ante todo, reclama para sí la Cámara Baja, la plenitud de las facultades legislativas, y se destierran definitivamente la sanción regia y el veto absoluto, manteniéndose el tímido veto suspensivo y dilatorio, con una posible apelación al referéndum popular en algunos casos.

Pasan también por el sistema parlamentario, a merced de la Cámara, los poderes o funciones gubernativas, y aparece al punto y claramente la meta a la que tiende la evolución: el Gobierno por *Convención*. Gobierno de la Cámara Baja; Gobierno en el que los órganos de las demás funciones soberanas son Co-

misiones elegidas por ella y que quedan a su servicio. Es la estructura del régimen comunista, al que quiere acercarse el régimen francés de la última Constitución, con la absoluta sumisión del Gobierno a la Asamblea Nacional y la formación del *Consejo Superior de la Magistratura* (Tít. IX).

En resumen: nota característica de la Cámara Baja, que le ha valido uno de los adjetivos con que se la designa, es la de ser *popular*. Y lo es, no tanto porque representa a todo el pueblo, a toda la nación (recuérdese lo que, en páginas anteriores, hemos hecho notar al tratar de la representación que sale del sufragio universal), como cuanto que, de manera especial, es representación de la clase ínfima de la sociedad, que se suele llamar también popular. Es consecuencia ineludible del sufragio universal directo; necesariamente ha de predominar la clase popular, mucho más numerosa que las clases elevadas.

Y he aquí el mal de origen, la raíz de los defectos inherentes a la Cámara Baja: su defectuosísimo reclutamiento, el sufragio universal, igualitario y directo. Esperar que el pueblo, al que se le entrega ese medio de actuación, ha de designar, para que le represente, a los mejores y más dignos, por el instinto certero que se le supone para elegir, o porque eso conviene a sus propios intereses, es una ilusión constantemente desmentida en la práctica. Páginas antes recordábamos aquéllas palabras de *Laveleye*: "Es vicio reconocido de la democracia no llevar al poder los hombres más dignos y capaces."

"Hay hechos que saltan a los ojos de todos, observa Willey, refiriéndose a las consecuencias del sufragio universal: el nivel de las Asambleas políticas ha bajado en todas partes, desde el punto de vista del talento y de la educación. Parece como que el cuerpo electoral tiende naturalmente a escoger sus representantes en un medio que va bajando, a medida que el cuerpo electoral se ensancha."

Es natural que así suceda. Desatendidos en absoluto todos los demás valores humanos, y habida cuenta sólo del número, ha de sobresalir lo que predomina; y la competencia y la virtud y el talento, en una palabra, la preeminencia, no ha sido, ni es fácil que alguna vez sea, del mayor número.

Y así se explican las breves y violentas reacciones antiliberales que han sufrido algunas naciones europeas, en los últimos lustros. Demasiado violentas en algunas ocasiones y dirigidas por profundos descarríos doctrinales. Porque los portaestandartes de los nuevos métodos políticos no comprendían lo que tan certeramente comprendió y expresó *Oliveira Salazar*, el inspirador de la reforma política portuguesa antiliberal: "Deseamos que se comprenda bien que no hemos rechazado los errores y los vicios del falso liberalismo y de la falsa demo-

cracia, para abrazarnos con otros que pueden aún ser mayores; sino, por el contrario, para reorganizar y robustecer al país con los principios de autoridad, de orden, de tradición nacional, conciliados con aquellas verdades eternas que son, felizmente, el patrimonio de la humanidad y herencia de la civilización cristiana".[1]

El olvido de esos principios éticos, vividos, que lleva consigo la civilización cristiana, ha hecho caer a no pocos gobernantes en otros vicios y errores peores. Aparte de que se esfuerza vanamente el mundo político en buscar el equilibrio de una vida ciudadana, pacífica y progresiva, en el cambio meramente externo y exagerado de las estructuras políticas, pasando de los extremos de una democracia falsa a los de un absolutismo extremado de personas o de masas engañadas. El problema de las formas políticas es un mero y parcial reflejo de otro más profundo que se refiere a la vida misma humana. Y, en la angustiosa crisis, el hombre, privado de una orientación ético-religiosa, pierde la serenidad de juicio, el equilibrio mental y la ponderación de la vida.

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: *Discurso en la sesión inaugural del primer Congreso de la Unión Nacional* (26 mayo 1934). Pensamiento de la Revolución Nacional, c. XV. Ed. Poblet, B. Aires, 1938.

CAPÍTULO CUARTO

SUMARIO: 1. Atribuciones de las Cámaras. Facultad legislativa. — 2. Atribuciones económicas. El presupuesto. — 3. Condiciones del presupuesto: *a*) anualidad; *b*) ley en sentido formal. — 4. Procedimiento financiero: presentación y discusión del presupuesto. — 5. Preeminencia financiera de la Cámara Baja. — 6. Limitaciones a las atribuciones económicas del Parlamento. — 7. Función fiscalizadora: medios de llevarla a cabo. — 8. Funciones judiciales del Senado. — 9. Otras atribuciones del Parlamento.[1]

1. Atribuciones de las Cámaras. Facultad legislativa. — La atribución esencial de las Cámaras, en los gobiernos constitucionales modernos, ha sido la facultad de legislar; ya solas, ya con la colaboración del Jefe del Estado (sanción), o de la sociedad (referéndum), según hemos visto más arriba. Decimos esencial; porque tienen las Cortes otras atribuciones, como las de carácter económico, representativas, judiciales y las de inspección de los actos del poder ejecutivo, de que nos ocuparemos en seguida.

Prácticamente, la facultad legislativa de las Cortes se reduce al derecho a aceptar o rechazar los proyectos, cuya preparación y estudio realiza o el Gobierno o una pequeña comisión de competentes. "No puede ser de otra manera, y el que así lo sea es gran fortuna."[2]

Un principio fundamental en el Derecho político constitucional moderno, establecía que, en las funciones legislativas, ninguna de las dos Cámaras había de tener respecto de la otra preferencia de ninguna clase, sino que ambas gozan de iguales atribuciones. "Las Cortes se componen de dos cuerpos colegisla-

---

1 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, pp. 175 y ss.; MUNRO: *The government of the United States*, c. XXII. New York. Mac Millan, 1950; M. PRELOT: *Précis de Droit constitutionnel*, nn. 344 y ss. Dalloz-París, 1950; F, MORSTEIN: *Foreign Gobernments*, c. 3.º; G. VEDEL: Op. cit., Tít. VI, c. 1.º; LABAND: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, tomo II, c. VI y tomo VI, sec. 3.ª; LOWELL: *Le Gouvernement de l'Anglaterre*, t. I, P. 1.ª, c. XIV; CALAMANDREI: *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, t. II: Il Parlamento, nn. 15 y ss.

2 ORBAN: Op. cit., II, n. 189.

dores iguales en facultades: el Senado y el Congreso de los Diputados", decía el art. 19 de nuestra Constitución de 1876; y eso mismo establecen casi todas las Constituciones modernas.[1] De donde se deduce que ambas, por regla general (la Cámara de los Lores carece de la facultad de iniciativa) ejercían la iniciativa; discutían libremente las proposiciones y proyectos que nacían en su seno o procedían de la otra Cámara; y que no existía ley hasta que se concretase en una fórmula común, en un texto único, aceptado por ambas a la vez. Era, por lo tanto, indiferente que la discusión empezara en una u otra Cámara, fuera del caso de las leyes de carácter económico, cuya discusión debía comenzar en la segunda. Para resolver los conflictos a que, aun aceptada la ley, pueden dar lugar detalles y diferencias de redacción, cada Asamblea nombraba una pequeña Comisión, y a la reunión de ambas se encargaba la redacción de un texto invariable y único, que, sin modificaciones, se discutía y votaba por ambas Cámaras.

Pero la democratización de las Cámaras Altas y la grave crisis que ha sufrido todo el régimen liberal ha ido variando la contextura uniforme de los órganos legislativos, y aun desplazando la función normativa a otros órganos y centros del Estado.

Ya el Acta del Parlamento inglesa de 1911 desmontó la estructura secular del órgano legislativo inglés. Ya no legisla el Rey en el Parlamento; ni es necesaria la aprobación de la Cámara de los Lores para que los proyectos financieros, ni aun los ordinarios, se conviertan en ley. Legisla la Cámara de los Comunes, aun sin la aprobación de los Lores, y segura de contar con la sanción regia.

En la Alemania de *Weimar* las leyes del Reich son votadas por el Reichstag (art. 68). El Reichsrat puede oponer su veto a esas leyes. Pero si el Reichstag confirma el proyecto con una nueva aprobación de los dos tercios de sus votos, el Presidente de la República ha de firmar la ley o entregarla al referéndum popular.

---

1 *Francia.* El poder legislativo se ejerce por dos Asambleas: la Cámara de Diputados y el Senado (Ley constit. 25 febrero 1875). *Bélgica.* El poder legislativo se ejerce, colectivamente, por el Rey, la Cámara de representantes y el Senado (Const. art. 26). *Inglaterra.* "Un proyecto no puede ser sometido a la sanción regia hasta que ambas Cámaras hayan llegado (antes del Acto de 1911) a un acuerdo" (Courtenay P. Ilbert. El Parlamento. Trad. española. 2.ª edición, p. 62. Editorial Labor). *Estados Unidos.* Todos los poderes legislativos aquí concedidos se atribuirán al Congreso de los Estados Unidos que se compondrá de un Senado y de una Cámara de representantes (Const. art. 1.°, sec. 1.ª).

Aún avanzaron más la Italia fascista y la Alemania nacional-socialista. La ley de enero de 1939 creadora de la *Cámara de los Fascios y Corporaciones*, establecía que "el Senado del Reino y la Cámara de los Fascios y Corporaciones *colaboran* con el Gobierno para la formación de las leyes". Esto, aparte del (ley de 31 de enero de 1926) reconocimiento al Gobierno de la facultad de dictar normas con fuerza de ley, por delegación recibida de las Cámaras, en casos de urgencia por causa de guerra o razones de carácter financiero y tributario; aparte de la facultad concedida a las Corporaciones (leyes de 3 de abril 1925 y de febrero de 1939) para elaborar normas obligatorias sobre la regulación colectiva de las relaciones económicas, y sobre la disciplina unitaria de la producción; y, finalmente, de la autorización del Jefe del Gobierno que es necesaria para la presentación de proyectos de ley a la Cámara de los Fascios y Corporaciones.

En la *Alemania* nacional-socialista, la ley de 24 de marzo de 1933 concedió al Gobierno — al Führer — la facultad legislativa reservada por la Constitución de Weimar a las Cámaras. En el *texto federal* de 1949 — de Bonn — hay un regreso hacia la Constitución de Weimar, manteniéndose así una ligera preeminencia de la Asamblea federal sobre el Consejo federal en materia de legislación.

En *Portugal*, es competencia de la Asamblea nacional hacer las leyes, interpretarlas, suspenderlas y revocarlas (Const. art. 91); y corresponde a la Cámara corporativa emitir dictamen sobre todas las propuestas o proyectos de ley que sean presentados a la Asamblea nacional, antes de empezar su discusión en ésta (Const. art. 103).

Finalmente, las leyes votadas por la Asamblea nacional se han de limitar a la aprobación de las bases generales de los regímenes jurídicos (Const. art. 92); y el Gobierno tiene poder para dictar Decretos-leyes o en uso de autorizaciones legislativas o en casos de urgencia o necesidad pública (Const. art. 108).

La nueva *Constitución francesa* de 1946 (art. 13) proclama categóricamente: "La Asamblea nacional *vota sola* la ley, y no puede delegar ese derecho." Y la misión del Consejo de la República se limita a examinar, para dar su parecer, los proyectos y proposiciones de ley votados en primera lectura por la Asamblea nacional (art. 20). En caso de que el Consejo oponga *su veto*, éste sólo obliga a la Asamblea nacional a examinar el proyecto en segunda lectura, siendo entonces la decisión de la misma definitiva y soberana.

Una observación final. Clara aparece la tendencia de nuestros días a desarticular la maquinaria clásica, constitucional-liberal, del organismo legislativo: dos Cámaras iguales en facultades con el Jefe del Estado armado de un veto suspensivo. La desarticulación se efectúa con la democratización de las Altas Cámaras, y la consiguiente con-

centración de los poderes en la Cámara Baja. La doctrica comunista rusa suprime simplemente las Altas Cámaras. Fuera de esa doctrina, aparece algún conato de unicameralismo, como en España.

2. Atribuciones económicas. El presupuesto.[1] — La manifestación principal de las facultades económicas de las Cortes, en el régimen moderno, es la discusión y votación del presupuesto general del Estado.

"Constituyen los presupuestos generales del Estado, dice nuestra ley sobre Administración y Contabilidad de la Hacienda, la enumeración de las obligaciones que la Hacienda debe satisfacer en cada año con relación a los servicios que hayan de mantenerse en el mismo, y el cálculo de los recursos o medios que se consideren realizables para cubrir aquellas atenciones" (art. 33).

Es, pues, el presupuesto, como el cuadro general, completo y detallado, de la situación financiera del Estado, en el que, por un lado, aparecen los recursos con que cuenta la nación, con expresión de las fuentes de que proceden; y, por otro, los gastos que los servicios públicos reclaman con distinción de los objetos y fines a que se destinan. Pues bien: es regla general de las Constituciones modernas que la representación nacional, reunida en las Cortes, puede y debe examinar y autorizar los gastos y los ingresos, siguiendo, para expresar esa autorización, el procedimiento para dar las leyes. Y sólo con este acuerdo de las Cortes puede la suprema autoridad administrativa del Estado (que de ordinario es la que calcula y ordena el presupuesto y lo presenta a las Cortes) percibir los impuestos, hacer los pagos, retribuir los servicios, etc.

Complemento y consecuencia de la ley de presupuestos es la ilegalidad de toda imposición de tributos que no se haga por medio de una ley; que toda la administración de los bienes del Estado debe estar eficazmente vigilada por la representación nacional; que cuantos gastos y cobros reclamen las necesidades, atenciones, no previstas en la ley de presupuestos y que se hayan escapado a la deficiente previsión humana, deben ser autorizados por las Cortes, siguiendo trámites diversos, según la premura y la necesidad de las circunstancias.

Al lado de la discusión y votación del presupuesto, la intervención de las Cortes, en forma de ley, es necesaria para toda clase de asuntos

1 M. PRELOT: *Précis de Droit constitutionnel*, p. 369 (Dalloz-París, 1950); MUNRO: *The government of the United States*, c. XXIII; CALAMANDREI: Op. et loc. cit.

y acuerdos que lleven consigo efectos económicos; como la concesión de pensiones extraordinarias, la ratificación de tratados especiales de comercio, los que estipulen dar subsidios a potencia extranjera y todos aquellos que puedan obligar individualmente a los españoles. (Const. de 1876, art. 55).[1]

3. Condiciones del presupuesto: a) **anualidad;** b) **ley en sentido formal.** — *a*) LA ANUALIDAD del presupuesto es una de las reglas fundamentales del régimen moderno; es decir, que debe votarse por un año, y, por lo mismo, todos los años; pues la vida nacional no puede quedar paralizada. La regla está consignada expresamente en muchas Constituciones.[2]

Puede ocurrir que no se haya aprobado el presupuesto en el tiempo marcado por la Constitución, y que al entrar en curso el nuevo año económico, se encuentre la nación con todos sus servicios públicos sin la correspondiente dotación. Puede también suceder que las previsiones del presupuesto fallen en su cálculo anual, y que, de improviso, se presente una nueva necesidad que reclame sumas considerables.

Para el primer caso — la no aprobación del presupuesto en el tiempo señalado — concedía nuestra Constitución el que puedan regir los del año anterior, con tal de que, en su tiempo, hubieran sido discutidos y votados por las Cortes y sancionados por el Rey. Pero puede hacerse también la prórroga del presupuesto por dozavas partes, concediéndose, en ese caso, al Gobierno la facultad de cobrar, por medio de un decreto, sus rentas y los impuestos y hacer los pagos que los

---

1 Véase Const. francesa de 1946, art. 27; e italiana de 1947, art. 80, etcétera.

2 "Todos los ingresos y todos los gastos del Imperio se publicarán cada año y serán incluídos en el presupuesto del Imperio. Este presupuesto se fijará por una ley", dice el art. 69 del extinguido Imperio Alemán. (LABAND: t. VI, sec. 3.ª).

Todos los años el Gobierno presentará a las Cortes el presupuesto general del Estado... para su examen y aprobación, decía el art. 85 de nuestra Constitución de 1876. Así en las demás naciones. En Francia DUGUIT defiende que la anualidad del presupuesto es un principio de su derecho público. (*Manuel de Droit constitutionnel*, 1918, pár. 106.) ESMEIN opina, fundado en que las leyes constitucionales francesas no hacen mención de ello, que las Cámaras francesas pueden votar un presupuesto por varios años (Op. cit., parte 2.ª, c. V, sec. 3.ª). Por la misma razón, concluye BARTHELEMY-DUEZ, que la anualidad del presupuesto puede suprimirse por una ley ordinaria (Op. cit., p. 798). Las Constituciones contemporáneas persisten en la misma norma de la anualidad del presupuesto. La italiana (1947), art. 81 y portuguesa, art. 64.

servicios públicos reclamen, por meses — uno, dos, tres, — según los casos, hasta tanto que se apruebe el presupuesto general. Pero creemos que si, por cualquier motivo, no se votara el presupuesto, ni la autorización de su prórroga por dozavas partes (por causa anormal, entre las que pudiera darse la anarquía o rebeldía parlamentaria), los superiores intereses de la existencia y conservación nacional otorgarían al Gobierno el derecho y le impondrían el deber de no interrumpir la vida administrativa y económica del país, y tomar las medidas convenientes para ello.

A los casos en que fallen los cálculos financieros del Gobierno o se presentaren necesidades imprevistas, suele acudirse por medio de *créditos suplementarios o extraordinarios*, que sólo pueden obtenerse, como norma general, por medio de una ley. Pero, además, leyes generales prevén el caso en que al presentarse necesidades improrrogables estén cerradas las Cortes, y entonces, bajo ciertas condiciones y con la ineludible de dar cuenta a las Cortes en la primera sesión, puede el Gobierno abrir créditos extraordinarios o suplementarios.

b) Es ley en sentido formal. La aprobación del presupuesto tiene todo el aspecto técnico de una ley, en cuanto al poder que interviene en ella y en cuanto a la forma de esa intervención, puesto que el presupuesto se vota en las Cámaras legislativas siguiendo el procedimiento ordinario de las leyes; por eso se llama ley de presupuestos.

Pero, en el fondo, no es una ley; porque no se trata de un precepto jurídico, general, obligatorio que se impone a todos los súbditos; es, más bien, un gran acto de administración del patrimonio nacional, que, por su grandísima importancia y por tradición histórica, es de competencia de las Cortes, la supuesta genuina representación del país. "Ni el establecimiento del presupuesto para el porvenir, ni la fiscalización y aprobación de las cuentas referentes a un período pasado, tienen nada que ver, en rigor, con la legislación, considerada como reglamentación política de orden jurídico; pertenecen únicamente a la Administración. El derecho que, bajo estos dos aspectos, corresponde a la representación popular en virtud de la Constitución, lo mismo en cuanto que el presupuesto deba presentarse para su autorización, como las cuentas para su aprobación, es como un acto de participación esencial en la administración, y una fiscalización muy extensa de esta administración..."

"Por consiguiente, el art. LXIX de la Constitución del Imperio: "el presupuesto del Imperio está fijado por una ley", sig-

nifica: "el presupuesto del Imperio se establece en forma de ley"; es decir, por vía legislativa."[1]

De la misma manera se expresa Orlando: "El presupuesto no es otra cosa que una especie de *arqueo patrimonial,* por el que, periódicamente, se determina la situación económica del Estado y se vigila el empleo que se hace de las contribuciones de los ciudadanos."[2]

4. Procedimiento financiero. Presentación y discusión del presupuesto.[3] La formación del presupuesto y su presentación a las Cámaras corresponde al llamado Poder ejecutivo, al Gobierno. Es el Poder que está en la obligación de conocer y cuenta con los medios necesarios para organizar los elementos materiales y económicos de que dispone y de que necesita el Estado para el cumplimiento de sus fines.

Por eso, en los Gobiernos, entre los miembros del llamado Ministerio responsable, hay uno llamado el Ministro de Hacienda, a quien se le encarga, en nombre y en colaboración de sus compañeros, jefes de los diversos departamentos ministeriales, la formación de los presupuestos en su unidad indivisible y de conjunto, y en la variedad de sus partes. A este fin, todo presupuesto está dividido en dos secciones: el presupuesto de ingresos, que abarca las rentas del Estado, las contribuciones y demás fuentes de riqueza que alimentan el tesoro público; y el presupuesto de gastos, que los servicios y necesidades de la nación reclaman. Cada una de esas secciones se subdivide, a su vez, en capítulos, artículos y conceptos, en los que, con toda precisión, aparecen el origen de los ingresos, y la aplicación determinada y minuciosa que se va a hacer de los caudales ingresados. De otra manera, no podría ser eficaz, ni consciente, el examen y fiscalización de las Cámaras que ha de preceder a su aprobación.

Una vez presentado el presupuesto por el titular del Ministerio de Hacienda a las Cámaras, pasa al punto a la Comisión de Presupuestos, una de las principales de las Cortes por el número y por la preparación de sus componentes. Ampliamente discutido y dictaminado, vuelve a las Cortes donde de nuevo pasa por el tamiz de una reiterada discusión para ser rechazado,

---

1 LABAND: Op. cit., t. VI, sec. 3.ª
2 ORLANDO: *Principii de diritto costituzionale...*, n. 214.
3 BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 803.

modificado o aceptado. La discusión versa primero sobre la totalidad y luego sobre las partes, capítulos, etc.

5. Preeminencia financiera de la Cámara Baja. — En la discusión y aprobación del presupuesto es donde, una vez más, se manifiesta la preeminencia de la Cámara Baja, no sólo en la prioridad de la discusión, sino, a veces, en la iniciativa exclusiva, y aun en la aprobación.

Ya la Constitución federal norteamericana (art. 1.º, sec. 7.ª) estableció que todos los proyectos que tengan por objeto la percepción de un impuesto, emanarán de la Cámara de representantes. Tendencia seguida, en general, por las Constituciones de tipo liberal en toda la época moderna de preeminencia de estos régimenes.

Suele decirse que esta preferencia económica es de origen inglés. Quizá fuera más exacto afirmar que es de origen medioeval. Porque, en nuestras Cortes de aquel evo, los Procuradores de las villas y ciudades exigían de los Reyes que no se les impusiese nuevos tributos y gabelas sin su consentimiento, conforme al principio de que las contribuciones no deben imponerse sin el consentimiento de quienes han de pagarlas.

La diferencia radica en la marcha de la evolución política diferente en Inglaterra y en el Continente. Gradual, en Inglaterra, que ha conservado al lado de la Cámara de los Comunes, representación del pueblo inglés, la de los Lores, de carácter hereditario y aristocrático. Era natural, y sigue siendo una necesidad, que se va acentuando en nuestros días, la preferencia de la Cámara de los Comunes en materia económica. En el Continente, en cambio, la evolución política fué bruscamente interrumpida, primero, por el absolutismo que desconoció los derechos y la existencia de las Cortes; y más tarde, y con más violencia, por la revolución francesa, que hizo renacer las Cortes, aunque desnaturalizándolas. Y entonces los legisladores del Continente fueron a aprender a Inglaterra lo que habían tenido en su tierra y lo habían olvidado y perdido.

Y he aquí una nueva desviación ilógica. Porque dado el carácter electivo (total o parcialmente) de los Senados modernos y el principio de la universalidad y proporcionalidad de los impuestos, falla, por la misma base, el argumento utilizado para mantener el privilegio financiero en favor de la Cámara Baja. Y

en esa razón se fundaron los legisladores norteamericanos, como lo dice *Story* en sus "Comentarios", para desviarse de la tendencia inglesa y conceder al Senado la facultad de proponer enmiendas y modificaciones a las leyes financieras, como a las demás leyes; de suerte que no queda a la Cámara Baja otro privilegio que el de la prioridad. Consideración aplicable a toda clase de organizaciones políticas en las que el Senado no tenga el carácter exclusivamente hereditario y de clase que tiene en Inglaterra.

Sin embargo, las corrientes democráticas modernas siguen acentuando el predominio, cada vez más absoluto, de las Cámaras Bajas, en la elaboración y aprobación del presupuesto.

Inglaterra, con el Acta del Parlamento de 1911, coronó la superioridad financiera de la Cámara de los Comunes con la facultad de llevar a la firma regia el presupuesto, aun sin la aprobación de los Lores.

En los países que siguen la inspiración o sufren la *imposición política comunista,* el problema se ha resuelto radicalmente con la supresión de las Altas Cámaras y el establecimiento de Cámaras populares únicas, que, al absorber todas, absorben también las facultades económicas.

En Francia, a la Asamblea Nacional, que *sola* vota la ley (art. 13), le corresponde el estudio y aprobación del presupuesto (art. 16) y es ella, la Asamblea Nacional, la que regula las cuentas de la nación, asesorada por el Tribunal de Cuentas (art. 18) y con el dictámen del Consejo económico (art. 25).

En Portugal, la misión de la Cámara corporativa se reduce a emitir dictámenes de todos los proyectos o acuerdos que sean presentados a la Asamblea Nacional, antes de comenzar su discusión en ésta (art. 103). Y es la Asamblea Nacional la que dicta las disposiciones legales, a las que ha de acomodarse el Gobierno para elaborar y ejecutar, anualmente, el presupuesto general del Estado (art. 64); la que, por medio de una ley, fija los principios generales relativos: 1) a los impuestos, 2) a las tasas que pueden cobrarse en los servicios públicos, 3) a la administración y explotación de los bienes y empresas del Estado (art. 70). Finalmente, es la Asamblea Nacional la que examina las cuentas de cada año económico; la que autoriza al Gobierno a cobrar los ingresos del Estado y pagar los gastos públicos de ejercicios futuros, etc.

En resumen, *Barthelemy-Duez*[1] reducen, en graduación ascendente, a tres sistemas la preeminencia financiera de la Cámara Baja:

---

1 Op. cit., p. 811.

1) La Cámara Baja tan sólo posee una simple prioridad de discusión respecto a la Cámara Alta.

2) A la prioridad, se añade la prohibición de proponer enmiendas; de suerte que la Cámara Alta ha de aceptar o rechazar, en bloque, el proyecto de presupuesto.

3) La Cámara Alta sólo puede oponer un mero *veto* suspensivo al presupuesto aprobado; o, sencillamente, se limita a una labor de informe, consulta, dictamen, dejando libre la voluntad de decisión a la Cámara Baja.

A este último sistema se acomodan el Consejo de la República de Francia y la Cámara corporativa de Portugal.

6. Limitaciones de las facultades económicas del Parlamento. — Las atribuciones económicas del Parlamento no son ilimitadas; al contrario, están restringidas bajo varios conceptos.

1) En primer lugar, por la limitación de la iniciativa de los miembros de las Cámaras, sobre todo para pedir el aumento de gastos. Residuo del procedimiento de las antiguas Cortes, en las que era el Rey el que pedía los tributos y las Cortes las que los concedían. Procedimiento conservado por el Parlamento inglés y expresado en la fórmula: "La Corona pide los subsidios, los Comunes los conceden, y los Lores los consienten". En efecto, la Cámara de los Comunes no puede votar fondos ni imponer un tributo sin previa recomendación o petición de la Corona; es decir, del Gobierno.[1]

Fué establecida esta regla, dice Lowel,[2] con el designio de coartar la iniciativa privada inclinada a aumentar los gastos excesivamente. Ha constituído, no sólo una protección inestimable para la Tesorería, sino también un muro de defensa para la autoridad del Ministerio. Y tan plenamente se ha reconocido la regla, que ha sido incorporada a las leyes fundamentales de las colonias autónomas. En cuanto a las naciones extranjeras, como Francia e Italia, no han sufrido poco por haberla desatendido.[3]

Sin embargo, en España, estas limitaciones aparecen propuestas

---

1 ILBERT: *El Parlamento*, c. IV.

2 *Le Gouvernement de l'Anglaterre*, t. I, P. 1.ª, c. XIV.

3 Tan juiciosa observación queda corroborada por la afirmación de ROYO VILLANOVA: *Ciencia política*, c. XX-3: "En cambio, en Francia, el Parlamento suele modificar el proyecto de presupuesto, que el Gobierno presenta, en el sentido de aumentar los gastos, por la preocupación de los Diputados de asegurar su reelección, y complacer a los electores por medio de obras y servicios costeados por el Estado."

en el Tít. VIII de la Constitución española de 1931, y claramente expresada, en cuanto a la iniciativa de los Procuradores, en el art. 32 del Reglamento de las Cortes españolas (Ley de 5 de enero de 1943): "Toda proposición de ley o enmienda que entrañen aumento o disminución de ingresos, no podrán tramitarse sin previa autorización del Gobierno."

2) En el mismo capítulo puede incluirse la prohibición de alterar la dotación del Presidente de la república durante su mandato, establecida en la Constitución norteamericana. Prohibición impuesta también por algunas hispanoamericanas, como la argentina (art. 79), y por el art. 67 de la Constitución republicana española de 1931.

3) Existen también cifras inalterables en los presupuestos. Es decir, gastos que, como necesarios y que afectan al honor de la nación, se consideran admitidos de antemano y no pueden ser objeto de discusión. Tales son las partidas presupuestadas incluídas en las llamadas "obligaciones generales" en España, o en el fondo consolidado inglés: Deuda pública, ciertas consignaciones para necesidades o servicios indispensables, etc. (artículo 118 de la Const. republicana de 1931).[1]

4) Puede el Parlamento rechazar el *presupuesto*. Ello podría suponer un caso de resistencia colectiva, un instrumento de coacción o imposición contra un Gobierno o una situación que fácilmente pudiera implicar una declaración de quiebra del Estado, una forma no sangrienta de rebelión, que la Constitución debiera prever y resolver; aun en contra del Parlamento.

7. Función fiscalizadora. Modos de llevarla a cabo. — Aparte de la función legislativa, las modernas Constituciones encomiendan al Parlamento otra función: la fiscalizadora, a la que conceden capital importancia, al menos en el régimen parlamentario. "El interés del régimen parlamentario, escribe el Prof. Ruiz del Castillo, no reside tanto en la función legislativa como en la fiscalización que ejerce el Parlamento sobre el Gobierno."[2]

Tan esencial les parece a algunos esta función de las Cortes, que opinan que a ella pueden reducirse las funciones financieras

---

1 Véase Tít. XIV de la Const. portuguesa.

2 RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, n. 178; M. PRELOT: Op. cit., nn. 363 y ss.; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 694 y ss.; CALAMANDREI: Op. et loc. cit.

de la Cámara y aun las mismas legislativas. En ese sentido se expresa con toda claridad Stuart Mill:[1] "Gobierno representativo significa que la nación entera, o, al menos, una parte numerosa de la nación, ejerce, por medio de diputados, que nombra periódicamente, el poder de fiscalización suprema..." "El verdadero oficio de una Asamblea representativa, no es gobernar, lo cual le repugna radicalmente, sino más bien vigilar y fiscalizar al Gobierno; sacar a la luz todos sus actos, exigirle la exposición y justificación de los mismos, cuando parezcan discutibles; reprenderlos, cuando sean reprobables; arrojar de sus puestos a los hombres que componen el Gobierno, si abusan de sus cargos o si los cumplen de manera contraria a la voluntad expresa de la nación."

Como se deduce de esas palabras, el objeto de esas funciones es el de hacer gravitar sobre el Gobierno y sobre todos sus actos de administración, en cualquier ramo de la vida pública, una vigilancia e inspección continua y activa. Manifiéstase prácticamente esa facultad en el derecho que tienen los miembros de las Cámaras de dirigir preguntas al Gobierno, interpelarle sobre cualquier asunto, exigirle la presentación de documentos, preparar una información parlamentaria, presentar votos de censura, etc.

La pregunta, como indica la misma palabra, es el acto por el cual el miembro de una Cámara pide a un Ministro explicaciones sobre un punto determinado. Las preguntas no interrumpen para nada el orden del día. Por eso, los reglamentos de las Cámaras señalan un período llamado de ruegos y preguntas, porque sólo dentro de él se pueden hacer.

Por lo mismo, no pueden dar lugar a ninguna discusión; el Ministro aludido contesta, pudiendo el interrogador replicar brevemente. El objeto de esta pregunta es adquirir alguna noticia, desvanecer algunas dudas, conocer las intenciones del Gobierno, sin que se dé lugar a ninguna votación, ni acuerdo, de parte de la Cámara. Puede, sin embargo, tener mucho alcance en el régimen parlamentario, ya porque fácilmente se transforma en interpelación, ya porque, hecha una pregunta oportunamente, se sacan a la luz del día hechos e intenciones que, en su misma publicidad, encuentran sanción suficiente.

---

1 Citado por Orban: t. II, n. 189.

LA INTERPELACIÓN es otro de los medios para ejercer la función inspectora y fiscalizadora. Por ella un miembro del Parlamento, no sólo reclama explicaciones al Ministerio o a un miembro del mismo sobre política general o un punto determinado, sino que provoca un verdadero debate en la Cámara, que puede concluir con un acuerdo, una proposición incidental que entrañe un voto de censura o de confianza para el Gobierno o para el Ministro. Como, por otra parte, puede versar sobre toda clase de asuntos, se desprende la gran importancia que tienen las interpelaciones en el régimen parlamentario. Es uno de *los medios* de tantear la situación política y la firmeza del Gabinete, de poner de manifiesto que no cuenta con la confianza del Parlamento y, por lo tanto, de obligarle a dimitir. Puede, por lo tanto, acarrear graves consecuencias políticas.

Las interpelaciones han de anunciarse de antemano al Ministro interesado, indicando claramente su objeto; se hace de ordinario por escrito, como lo exigen algunos reglamentos, aunque otros permiten que se haga de palabra. Al Presidente de la Cámara o al Gobierno corresponde señalar el día y hora de la explanación. El Ministro no está obligado a aceptar la interpelación; puede rehusarla. Pero el acto mismo de rehuir la interpelación, si por las circunstancias mismas especiales del momento no aparece claramente justificado, puede dejar al Ministro ante la opinión pública en postura muy desfavorable, y, por lo mismo, dar lugar a un voto de censura.

El derecho de interpelar, como arma poderosísima del Parlamento, fácilmente degenera en perturbaciones, entorpeciendo su vida y normal actuación; puede ser instrumento de anarquía y esterilizar los más sanos y provechosos intentos de los gobernantes. "Así, pues, todo lo conveniente que pueden ser las preguntas e interpelaciones cuando se sacrifica la forma política al fondo administrativo, resultan perturbadoras cuando los miembros del Parlamento toman las cuestiones administrativas como pretexto para ciertas maniobras políticas, que, en los países parlamentarios, han llegado a constituir un verdadero *sport:* el de derribar Ministerios y Gabinetes."[1]

LOS VOTOS DE CENSURA son la manifestación oficial de la disconformidad del Parlamento con la gestión del Ministerio o de

1 ROYO VILLANOVA: *Ciencia política*, p. 121.

un Ministro. Corresponde naturalmente, al pleno de las Cortes. Puede tramitarse de dos maneras. O bien presenta la Cámara una moción de censura contra el Ministerio; o bien éste propone a la Cámara la cuestión de confianza. Aprobada aquélla o rechazada ésta, en el régimen parlamentario, sobreviene la crisis ministerial.

Siendo, por consiguiente, tan graves las derivaciones que, en el régimen parlamentario, acarrean los votos de censura, lógico es que se tomen las precauciones necesarias, para evitar que se aprueben por sorpresa o irreflexivamente por un movimiento de pasión: como el de fijar un plazo antes de discutirlos, exigir una mayoría no ocasional, etcétera. Así nuestra Constitución de 1931 exigió que el voto de censura contra el Gobierno o contra un Ministro, se proponga en escrito motivado, firmado, al menos, por 50 diputados, que se discuta 5 días después de su presentación y votado por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara. De la misma manera, la Constitución francesa de 1946 (arts. 49 y 50) exige para la tramitación de los votos de censura y cuestiones de confianza, un día, al menos, de intervalo entre la presentación y discusión, escrutinio público y mayoría absoluta de los diputados de la Asamblea.

Las informaciones parlamentarias tienen por objeto proporcionar a los miembros de las Cámaras los datos y elementos necesarios, ya para formar juicio exacto de los asuntos sobre los que han de decidir y legislar, ya para pedir cuenta de su actuación a los Ministros responsables.

Prácticamente se designa una Comisión, con facultades suficientes, para pedir y consultar documentos, requerir testimonios, autoridades técnicas, hacer indagaciones de todas clases. No es raro que la Comisión *abra información pública*, es decir, invite a todos los ciudadanos a que, ante ella, de palabra o por escrito, aporten datos, expongan opiniones, etc. Todo el fruto de esa labor indagadora se explana ante el Parlamento, para que éste, informado, decida, condene o absuelva, legisle en un sentido u otro, según los casos.

El objeto a que tienden las informaciones puede dar lugar a clasificarlas. Así *Orlando* distingue las informaciones: a) electorales, b) judiciales, y c) públicas; según que tiendan a reunir los elementos necesarios para decidir sobre la validez o invalidez de una elección política; o para fundamentar la acusación intentada contra un Ministro;

o para estudiar las condiciones de un ramo de actividad social o de una determinada región, etc.

Royo Villanova, además de las electorales y judiciales, distingue las prelegislativas, legislativas y administrativas, denominaciones que, por sí mismas, indican su significado.

La función fiscalizadora, tal como la acabamos de describir, sólo cabe en el régimen constitucional parlamentario. No encaja en el régimen presidencial, ni en los que los Ministros sólo son políticamente responsables ante el Presidente y no ante las Cámaras. Así en los Estados Unidos norteamericanos, en Portugal y España.

Sin duda que en Norteamérica, las Cámaras, o mejor dicho, una de ellas — el Senado — interviene en algunas gestiones presidenciales: en el nombramiento de Embajadores y Jueces del Tribunal Supremo, en la conclusión y firma de Tratados, etc. Pero la estricta división de poderes prohibe la fiscalización de la gestión ministerial por el Parlamento e impide la influencia decisiva que éste puede tener en la formación y vida del Ministerio.

Este mismo pensamiento de independizar al Ejecutivo de los partidos y de las Cámaras, inspiró la estructura orgánica de la Constitución portuguesa. "Lo que no se puede reconocer a las Cámaras legislativas, decía Oliveira Salazar, es el derecho de nombrar y destituir a los Ministros y de hacer obstrucción a la vida pública. Y así, dejando de ser combinaciones eventuales de determinados grupos para la conquista del poder, serán las Cámaras capaces de disciplina y de rendimiento dentro de su función, trabajando solamente el tiempo preciso para ejercerla bien."[1]

A esa idea corresponden los siguientes preceptos de la Constitución: "Corresponde al Presidente de la República: 1.° nombrar al presidente del Consejo y los Ministros de entre los ciudadanos portugueses y dimitirlos" (art. 81, 1.°) y "El Gobierno tiene la exclusiva confianza del Presidente de la República, y su permanencia en el poder no depende del destino que tengan sus propuestas de ley o de cualesquiera votación de la Asamblea Nacional" (art. 112).

8. Funciones judiciales del Senado. — Los orígenes de las facultades judiciales de la Alta Cámara se encuentran en Inglaterra.

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: *El pensamiento de la revolución nacional,* capítulo IV-3.°

En aquel país, la Cámara de los Lores, desde sus principios, tenía facultades de Tribunal Supremo de apelación en todas las causas, y también de Tribunal ante el cual se llevaban las acusaciones dirigidas contra los grandes funcionarios del Estado. Ya en el siglo XIV aparece la institución del *Impeachment;* es decir, la acusación contra un Ministro por infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones, acusación formulada por los Comunes ante la Cámara de los Lores, que actúa de Tribunal. La institución del *Impeachment* se aplicó más tarde (desde el siglo XVII), no sólo a los actos de los Ministros que constituyesen, según las leyes, crimen o delito; sino a cualquiera falta grave, cualquier acto perjudicial al país, como, por ejemplo, el haber aconsejado o negociado un tratado manifiestamente desventajoso.[1]

De Inglaterra pasó el *Impeachment* a los Estados Unidos.[2] Dice así su Constitución: "El Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos, serán depuestos de sus funciones por *Impeachment* y condena por traición, concusión y otros delitos y crímenes (mala conducta)" (art. II, sec. 4.ª). "El Senado tendrá sólo el derecho de juzgar todos los casos de *Impeachment.* Cuando se constituye para este fin, se obligará a sus miembros a prestar juramento o promesa. Cuando sea juzgado el Presidente de los Estados Unidos, presidirá el Chief Justice; nadie puede ser condenado si no es por mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes."

"La pena, en los casos de *Impeachment,* no podrá pasar de la destitución del cargo, y de la incapacidad para ocupar y poseer en los Estados Unidos ningún empleo que implique emolumentos, honores o confianza; pero la parte condenada podrá, sin embargo, ser perseguida, juzgada, condenada y castigada conforme a la ley" (art. I, sec. 3.ª).

El *Impeachment,* aunque con algunos variantes, pasó a otras legislaciones modernas, como la francesa, la española (L. de 11 de mayo de 1849), la italiana (art. 34 del Estatuto de 1848).

El art. 9 de la ley constitucional francesa de 24 de febrero de 1875, dice: "El Senado puede constituirse en Tribunal de justicia

---

1 La institución del *Impeachment* puede decirse que ha caído en Inglaterra en desuso, una vez que ha penetrado ya en sus costumbres parlamentarias la exigencia efectiva de la responsabilidad política de los Ministros ante el Parlamento. Sin embargo, la institución legalmente subsiste en la Constitución inglesa. ESMEIN: P. 1.ª, tít. 1.º, c. IV, p. 165. Edit. 1927.

2 MUNRO: *The government of the United States,* c. XVIII.

para juzgar al Presidente de la República, a los Ministros y para conocer en los atentados cometidos contra la seguridad del Estado"[1]

¿Cuál es el fundamento jurídico de estas atribuciones judiciales que se concedían al Senado? Hay que hacer una pequeña distinción. La facultad de la Alta Cámara de juzgar los actos delictuosos de sus miembros, no tiene otro origen que el histórico, el principio aristocrático del foro propio, aplicación práctica del principio medioeval de las jurisdicciones especiales del juicio de los pares o de los iguales. Desterradas de las legislaciones modernas las jurisdicciones privilegiadas, estando garantizada la libertad política tanto de los senadores como de los diputados por el privilegio de la inmunidad e inviolabilidad parlamentarias, no vemos que la sujeción al Senado de las causas de los senadores, pueda acarrear otras consecuencias que las de mezclar en el asunto las influencias políticas siempre dañosísimas a la recta administración de la justicia, y excitar la curiosidad pública dando excepcional relieve y solemnidad a las faltas cometidas. Tampoco existe razón especial para atribuir al Senado los atentados contra la seguridad interior y exterior del Estado. Los Tribunales ordinarios de justicia, en su variedad de jerarquías, pudieran muy bien llenar esa labor, en perfecta consonancia con su misión e instituto.

Más fáciles son los autores en justificar la atribución del Senado de juzgar a los Ministros acusados por el Congreso. "La gravedad extraordinaria, dice a este propósito *Orlando*,[2] del juicio, hace muy oportuna la solemnidad de que se le rodea; se acomoda también la especialidad de la competencia senatorial a la naturaleza política del resto. Y la elevación de las funciones ejercidas por los acusados encuentran su adecuada compensación en la excepcional altura del juez."

Esmein encuentra también esta institución del Senado, muy conveniente y aun necesaria. "Ese Tribunal se establece, en pri-

---

1 No todas las legislaciones otorgaron al Senado facultades de Supremo Tribunal de Justicia. En Bélgica, Holanda, Alemania, Suiza, etc., el Tribunal Supremo de la jurisdicción ordinaria ejerce esas altas funciones de justicia. En otras partes, como en algunas épocas en Francia, se ha formado un Tribunal especial con jueces escogidos de antemano, en las categorías más elevadas de la magistratura y otros funcionarios del Estado.

2 Op. cit., n. 240.

mer lugar, en interés del Estado. Esto es evidente cuando los crímenes de que se trata no han pasado de tentativa, como ha de suceder con frecuencia, y sus autores, todavía de pie y en plena lucha, no están actualmente vencidos; en tal caso, puede temerse que los jueces ordinarios se muestren con ellos tímidos, irresolutos e impotentes.

Por otra parte, la institución favorece también a los mismos acusados. Cualquiera que sea la gravedad de los crímenes políticos, el espíritu público no los considera nunca con aquel sentimiento de repulsa y horror que excitan los crímenes de derecho común; dar a los grandes acusados políticos jueces igualmente políticos, parece para ellos mismos la solución más deseable. Es, además, lo más ventajoso para su fama; y, quizá, lo más equitativo, cuando el crimen cometido no ha conseguido el fin que se intentaba. En tal caso, vale más tener por jueces los elegidos por la nación, una asamblea política, que no jueces de profesión o jurados ordinarios. Finalmente, es una tendencia prudente y generalmente seguida en Francia, aquella que procura alejar al orden judicial de los debates y querellas de carácter político... Ahora bien, los crímenes o delitos imputados al Presidente de la República y a los Ministros en el ejercicio de sus funciones, merecen más bien un juicio político que pena."[1]

No llegan a persuadirnos esas razones. Sin duda, que nos parece tendencia saludable la de alejar a los magistrados judiciales de querellas políticas; pero no menos saludable se nos antoja la de alejar a las Cámaras políticas de los asuntos judiciales. En materias de justicia, la experiencia nos demuestra que la intervención de organismos meramente políticos es esencialmente perturbadora.

Sin embargo, no todas las Constituciones han seguido el sistema inglés del *Impeachment*. Bélgica, Holanda, Suiza encomiendan estas altas funciones de justicia a los Tribunales Supremos de la jurisdicción ordinaria. Y en nuestros tiempos se ha acentuado cada vez más la tendencia a apartar de las Altas Cámaras las cuestiones o problemas de justicia. Y esta tendencia se ha bifurcado en dos direcciones: según que la misión de juzgar a los Ministros o altos funcionarios del Estado se encomiende a los supremos organismos de justicia del país, o a Tribunales especiales constitucionales o de garantías constitucionales.

---

1 ESMEIN: Op. cit., parte 1.ª, tít. 1.º, c. IV. Ed. 1927.

De todas suertes, el nuevo sistema ofrece una doble garantía a los inculpados: que la acusación haya de partir de las Cámaras y no de los particulares, y que el juicio queda reservado a jerarquías supremas de justicia.

Clara y firme apareció esa tendencia en las Constituciones promulgadas tras la primera guerra mundial. Así la Constitución de Weimar (1919) preceptúa en su art. 59 que el *Reichstag* tiene el derecho de acusar al Presidente, al Canciller y a los Ministros del Reich ante el Tribunal supremo, el Alto Tribunal de Justicia del Reich alemán, por violación culpable de la Constitución o de una ley del Reich.

De manera similar *Polonia* en el art. 51 de su Constitución de 1921 y *Austria* en el art. 141 (1920) y *España* republicana de 1931 (art. 92 y 121-e).

En *Francia* (Const. 1946, art. 57) los Ministros pueden ser acusados por la Asamblea nacional ante el Tribunal Supremo de Justicia; en *Italia* (Const. de 1947, art. 96) por el Parlamento (ambas Cámaras unidas). *Portugal* abre una nueva tendencia, en la acusación y en el juicio. "Los Ministros son juzgados en los Tribunales ordinarios por los actos que envuelvan responsabilidad civil o política. Si algún Ministro fuese procesado criminalmente, cuando llegue el momento de formular la acusación, el Tribunal Supremo de Justicia, en sesión plenaria y con asistencia del Fiscal General de la República, decidirá si el Ministro debe ser juzgado inmediatamente, quedando en tal caso suspendido, o si el juicio debe tener lugar después de terminadas sus funciones" (art. 114). Y en el siguiente, art. 115, determina los actos de los Ministros, Subsecretarios de Estado y Agentes del Gobierno que impliquen responsabilidad criminal.

9. Otras atribuciones de las Cortes. — Se conceden también a las Cortes otras atribuciones, aunque no encajen, propiamente, dentro de su función característica, que es la legislativa; tales son las representativas, electorales, la concesión de amnistías, pensiones extraordinarias, etc.

Hay cierta clase de acontecimientos (juramento de Príncipes o Jefes de Estado) que, por su trascendencia y gravedad, parecen exigir la intervención y presencia de la nación entera. Siendo ello imposible, el país encomienda su representación a las Cortes, procurando que esos actos revistan toda aquella solemnidad que las circunstancias reclaman.

Excepcionalmente, las Cámaras se convierten en cuerpos electores, como cuando la Constitución encomienda a ellas el nombramiento de Jefe de Estado (Francia y la República ita-

liana) o cuando se utiliza el sistema de cooptación para la designación de algunos de sus miembros (la tercera parte del Senado belga).

Muchas resoluciones parlamentarias no son leyes en sentido material. Exigen, sin embargo, la forma de ley por su índole económica o por su carácter político. Así la concesión de pensiones extraordinarias y las amnistías. Las amnistías no son un simple indulto o perdón. Implican una ficción jurídica por la que se supone que el delito amnistiado no ha sido cometido, ni deja tras sí consecuencias o reatos penales; y se conceden, ordinariamente, por motivos políticos.

CAPÍTULO QUINTO

SUMARIO: 1. Convocatoria de las Cortes. — 2. Suspensión y clausura de las sesiones. — 3. Disolución de las Cortes. — 4. Organización del Parlamento: *a*) Legalización de poderes; *b*) La mesa de las Cámaras; *c*) Secciones y Comisiones. — 5. Procedimiento parlamentario: iniciativa. — 6. Discusión: diversos sistemas. — 7. Independencia y publicidad de los debates. — 8. Votación: modo de llevarla a cabo. — 9. La guillotina. El quorum. — 10. Relaciones entre las Cámaras en el sistema bicameral. Desacuerdos: medios para solucionarlos.[1]

1. Convocatoria de las Cortes. — Las Cortes son actualmente un órgano permanente de gobierno, aunque, de hecho, no estén siempre reunidas en sesión. Las Constituciones y Reglamentos de las Cortes establecen las normas a las cuales han de someterse su reunión y su funcionamiento.[2]

Respecto de la convocatoria de las Cortes se siguen dos sistemas: 1) o bien es un atributo del Jefe del Estado el convocarlas libremente o con algunas limitaciones; 2) o ellas, de pleno derecho, se reúnen en tiempo fijo o al arbitrio de su voluntad. Aun en este segundo caso, generalmente, la formalidad externa y como oficial de la convocatoria, corresponde al Jefe del Estado. Al lado de estas convocatorias que algunos autores llaman *ordinarias*, existen otras extraordinarias y automáticas.

Las *extraordinarias* son las que tienen lugar fuera del tiempo de las reuniones normales señaladas, de antemano, en la ley.

---

1 RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., nn. 169 y ss.; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 511 y ss.; LOWEL: *Le Gouvernement de l'Anglaterre*, t. I, capítulo IX; ANSON: *Loi et pratique constitutionnelles: Le Parlement*, pp. 344 y ss. BRYCE: *La République américaine*, t. I, p. 187; ORBAN: *Le Droit constitutionnel de la Belgique*, t. II, n. 230; FLANDIN: *Institutions politiques de l'Europe contemporaine. Anglaterre*, IV; ILBERT: *El Parlamento* (Ed. Labor), cc. V y VI; LEE Y ROGERS: *The New Constitutions of Europe*. New York, 1922; N. PÉREZ SERRANO y C. GZ. POSADA: *Constituciones de Europa y América*. Vict. Suárez, 1927. Madrid; CALAMANDREI: *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, t. II: Il Parlamento.

2 RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., nn. 169 y ss.; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 511 y ss.

Suele ser atribución concedida al Jefe de Estado, o al Gobierno o aun a las Cámaras en determinadas condiciones. El art. 62 de la Const. republicana italiana establece que "cualquiera de las Cámaras puede ser convocada extraordinariamente por iniciativa de su Presidente o del Presidente de la República o de una tercera parte de sus miembros". Véase la Constitución portuguesa (art. 81, 5.º).

La convocatoria *automática* es la provocada por la sola existencia de determinadas circunstancias o de un hecho: la muerte del Monarca o del Presidente de la República, etc.

Como ejemplo del primer sistema podemos presentar a Inglaterra. El Parlamento no puede ser convocado, ni disuelto, ni pueden abrirse ni cerrarse sus sesiones, si no es por la Corona. El único límite legal que en esta materia tiene el arbitrio soberano es la ley de Guillermo y María, que prescribía a "Sus Majestades, a sus herederos y sucesores, que, en el lapso máximo de tres años, desde la disolución del anterior Parlamento, deben convocar y reunir el nuevo."

De hecho, en Inglaterra, el decreto de disolución de un Parlamento anuncia la reunión (señalando la fecha) del nuevo, y no es posible que el Parlamento no se reúna todos los años, por ser indispensable su autorización para hacer la *appropiation* de los subsidios (determinación del empleo de las rentas y fondos públicos) y determinar el pago de ciertos servicios necesarios, como los del ejército y armada, etc.[1] Dentro de este sistema puede colocarse también nuestra Constitución de 1876 que establecía (art. 32) que correspondía al Rey convocar las Cortes, suspender y cerrar sus sesiones; si bien bajo la obligación expresa y tácita, a la vez, de convocarlas todos los años. Pues el mismo art. 32 preceptuaba que "las Cortes se reúnan todos los años", y los títs. XI y XII exigían la aprobación o autorización anual del presupuesto, y la determinación también anual de las fuerzas de mar y tierra.

Siguen el otro sistema de la reunión de las Cortes por sí mismas, sin necesidad de mandato regio ni autorización especial del Jefe del Estado, muchas Constituciones. Entonces se reúnen las Cortes por propio derecho, y la misma ley señala un tiempo en que deben, por necesidad, estar reunidas.

"Las Cámaras se reúnen, dice el art. 70 de la Constitución belga, por derecho propio (de *plein droit*) todos los años, el segundo martes de noviembre, a no ser que hubiesen sido antes convocadas por el Rey.

---

1 Véase LOWELL: t. I, c. IX; ANSON: *Loi et pratique constitutionnelles Le Parlement*, p. 344.

Deben estar reunidas las Cámaras, cada año, por lo menos 40 días." También se reúnen las Cámaras, sin convocatoria, a la muerte del Rey, dentro de los diez días siguientes de su fallecimiento; y, cuando se imposibilitare el Rey para gobernar, los Ministros deben reunirlas inmediatamente.

En los Estados Unidos la costumbre establece ya que el Congreso, cuya vida legal es de dos años, se reúna en dos sesiones ordinarias, desde fines de año hasta julio y agosto siguientes, la primera; y la segunda, desde diciembre hasta el cuatro de marzo.[1]

Siguen el mismo procedimiento las Constituciones sudamericanas: "Las dos Cámaras se reúnen en sesión ordinaria cada año, del primero de mayo al 30 de septiembre" (art. 56 de la Constitución Argentina). Véanse también la checoeslovaca (art. 28) y la yugoeslava (art. 75).

Según la Constitución francesa (1946), la Asamblea Nacional se reúne, en uso de su derecho propio, en sesión anual el segundo martes de enero. La duración total de las interrupciones no puede pasar de cuatro meses. Se considera como interrupciones la suspensión de sesiones superior a 10 días. "Las Cámaras (dice el art. 62 de la Constitución italiana), se reúnen en uso de derecho propio el primer día no festivo de febrero y de octubre". "La Asamblea Nacional celebra sus sesiones durante tres meses, empezando el 25 de noviembre de cada año" (Constitución portugusa, art. 94).

2. Suspensión y clausura de sesiones. — Las sesiones de las Cámaras, sin estar éstas disueltas, pueden dejar de celebrarse o por suspensión o por clausura. Tanto la suspensión como la clausura producen el efecto común de que, mientras duren, no se celebren sesiones de Cortes. Pero, en cambio, se diferencian radicalmente, en cuanto que la suspensión *deja pendientes* los asuntos en el estado en que se encuentran, para continuarlos en las próximas futuras sesiones.[2]

Pero la clausura *pone fin* a la legislatura. Y hace que fenezcan todos los asuntos pendientes, que hay que abandonarlos por completo, o, en caso de quererlos reanudar, comenzar de nuevo, como si antes no se hubiera tratado de ellos.

En general, las Constituciones conceden la facultad de suspender las sesiones, no sólo a las Cámaras mismas, sino también al Jefe del Estado y al Gobierno responsable.

---

1 BRYCE: Op. cit., t. I, p. 199.

2 Adviértase que, a veces, no aparecen, ni en las Constituciones, ni en los tratadistas, bien diferenciadas las dos instituciones, de suspensión y clausura de sesiones.

Esta facultad, concedida al Jefe del Estado y al Gobierno, en el sistema parlamentario, se justifica:

1) Con el fin de desembarazar al Gobierno de los cuidados, trabajos y peligros que las sesiones de Cortes llevan consigo; sobre todo, en circunstancias especiales en que los asuntos públicos, por su delicadeza, por su trascendencia o complejidad, reclaman gran reserva y todas las energías y atención de los Gabinetes;

2) para la mejor solución de determinados conflictos; como ciertas crisis ministeriales provocadas con violencia, la sobreexcitación de la opinión pública debida a sucesos imprevistos y dolorosos, etc. En semejantes casos, el calor de los debates públicos, exacerbados por los sucesos, desorientados por las pasiones, agudiza los poblemas, dificultando su razonable y pacífica solución.[1]

Sin embargo, ante la perspectiva de posibles abusos de parte del Gobierno, que podría utilizar esas facultades de suspensión de sesiones para esquivar la fiscalización de las Cortes y rehuir su colaboración leal, las Constituciones las limitan, prudentemente, en cuanto al momento y la duración.

El presidente de la Asamblea Nacional portuguesa puede prorrogar un mes las sesiones de la Asamblea e interrumpirlas, pero sin perjuicio de la duración fijada en el mismo artículo 94: tres meses. La duración total de las interrupciones de la sesión no puede exceder de 4 meses (Const. francesa, art. 9). Véanse también el art. 81 de la Constitución española de 1931; y el art. 2.º de la ley constitucional francesa de 16 de julio de 1875.

3. Disolución de las Cortes.[2] — Las Cortes tienen un tiempo fijo de vida señalado en las Constituciones, al cabo del cual, se disuelven; es decir, dejan de existir. Viene esta manera de disolución, por sí misma, por la expiración del tiempo marcado en la ley fundamental. Es lo que se llama disolución *natural.*

Ese lapso de tiempo varía en los distintos Estados.

El Congreso español de 1876 se elegía por 5 años; el de 1931 por cuatro y las Cortes actuales por tres. El Parlamento inglés que duraba siete años (ley septenal de 1716), ha quedado reducido a cinco (1911);

---

1 ORBAN: Op. cit., t. II, n. 230.

2 V. BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 68 6y ss.; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., nn. 172 y ss.

la Cámara de representantes norteamericana se renueva cada dos años (Const. art. 1.°, sec. 2.ª); la Cámara Baja belga recibe sus poderes para cuatro años y la Alta para ocho (arts. 51 y 53 Const.). La Dieta polaca para cinco años (Const. 1921, a. II); la Cámara checoeslovaca para seis años (el Senado ocho años) (Const. 1920, p. II); la Asamblea nacional del Reino de los servios, croatas y eslovenos para cuatro años (Const. 1921, art. 69); la Asamblea portuguesa (1933) dura 4 años (art. 85) y la italiana cinco años (el Senado 6) (art. 60).

Además de la *disolución natural* de las Cortes, hablan los autores de la disolución *legal*, de la *voluntaria* y de la *ilegal*.

La *legal* tiene lugar cuando las Cortes, antes de que lleguen a cumplir los años para los que hayan sido elegidas, son disueltas por un decreto del Jefe del Estado, a quien las Constituciones, con frecuencia, y con más o menos limitaciones, otorgan ese derecho, como en Inglaterra, Bélgica, Italia monárquica (Est. de 1848) y republicana (C. 1947, art. 88), Portugal (art. 81-6), etc.

La *voluntaria* ocurre cuando la misma Cámara decide su propia disolución, como en Turquía (C. art. 25), por acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.

Finalmente la *ilegal* es la que se realiza por la violencia y que cae, por lo mismo, fuera del campo jurídico.

Desde otro punto de vista, la disolución de Cortes puede ser *total* o *parcial*; es decir, cuando todos los miembros de la Cámara o solamente una parte o fracción de ella cesan en sus cargos. Y ello depende, o de que la Cámara, en su totalidad o parcialmente, esté integrada por miembros hereditarios y vitalicios, en cuyo caso no cabe la disolución total (la Cámara de los Lores inglesa, y el Senado español de 1876); o que la renovación se haga por fracciones, disolviéndose por mitad o terceras partes (el Senado norteamericano que se renueva cada dos años, por terceras partes, y el Senado argentino que se renueva por mitad cada tres años, art. 49).

Dejando a un lado la *disolución ilegal*, admiten fácilmente los autores la legitimidad y conveniencia de la disolución natural o voluntaria. No ocurre lo mismo en la *disolución legal*. A no pocos tratadistas les parece exorbitante la facultad de disolver las Cortes, a veces sin limitación alguna, de que disfrutan algunos Jefes de Estado, sobre todo en países monárquicos.

Ante todo, el derecho de disolución está de hecho muy limitado. El que en la letra de la ley posee el Rey de Inglaterra puede decirse

que está abolido, habiéndose trasladado esa facultad, por convención constitucional, al Jefe del Gobierno. En la Constitución francesa, decreta la disolución el Presidente de la República. Pero el acuerdo de la disolución se toma en Consejo de Ministros, con la consulta del Presidente de la Asamblea nacional. Y tan sólo después de los 28 primeros meses de la legislatura (art. 51). En Italia republicana, puede el presidente de la República, oídos, previamente, los Presidentes de las Cámaras, disolverlas ambas o una de ellas (art. 88). En la Constitución portuguesa, el Presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional cuando así lo exijan los intereses superiores de la nación (art. 81-6.º).

Finalmente, la segunda República española (Const. art. 81) concede al Presidente de la República la facultad de disolver las Cortes dos veces durante su mandato, por Decreto motivado y convocatoria de nuevas elecciones en el plazo de 60 días. Pero de forma que el primer acto de las nuevas Cortes haya de ser examinar la necesidad de la anterior disolución, acarreando el voto desfavorable de las Cortes la destitución del Presidente.

Pero prescindiendo de estas limitaciones, es verdad que el Rey, a tenor de algunas Constituciones, puede decretar la disolución de las Cortes *libremente*, en el sentido de que no debe dar cuenta a nadie de las razones de su decisión, ni es responsable ante nadie de ese acto. Pero, a su vez, pesa sobre él la obligación de convocar nuevas Cortes en un plazo corto y fijo; y, con esa garantía, su facultad de disolución reviste el carácter de una apelación al país, quien, en definitiva, ha de aprobar o desaprobar, con sus sufragios, la determinación regia.

Pero hay, además, otras razones que pueden justificar plenamente ese derecho:

1) Permite al Rey, en algunas ocasiones, hacer un llamamiento al país para que, decididamente, se pronuncie sobre cuestiones importantes, sobre reformas urgentes y necesarias, obstinadamente combatidas por Parlamentos llenos de prejuicios o aferrados a privilegios irritantes; sobre la política tiránica o perjudicial practicada por una mayoría prevalida de su fuerza, etcétera.

2) En caso de desacuerdo irreconciliable y, por consiguiente, perturbador entre las Cámaras, nada más razonable, para llegar a una concordia fundada en los verdaderos deseos del país, que poner en sus manos la solución del conflicto.

3) Puede ocurrir que la política que desarrollan los Minis-

tros de la Corona, sea combatida por las Cámaras y juzgue el Monarca que es aprobada por el país. Y también puede ocurrir que las Cámaras, o una de ellas, por indiferencia política o a consecuencia de la situación en que se encuentran los partidos, no manifiesten sino opiniones y tendencias inciertas, dudosas, sin rumbo fijo, sin que sean capaces de apoyar con decisión a ningún Ministerio. En ambos casos, la apelación que el Jefe del Estado hace al país, convocando nuevas Cortes, está justificadísima.[1]

4. Organización interna del Parlamento: *a*) LEGALIZACIÓN DE PODERES.[2] — Efectuadas las elecciones, es requisito preliminar, para que los representantes elegidos se constituyan en Asamblea orgánica dispuesta a realizar ordenadamente su labor, la verificación y legalización de poderes de los elegidos. Esa verificación abarca dos extremos: 1) la demostración de la elegibilidad de los presuntos representantes; 2) la demostración de la regularidad de la elección.

Dos sistemas contrapuestos existen, cuya combinación suele dar lugar a otros intermedios.

El primero, el más generalizado, sin duda, en los países modernos, encomienda esta labor, con atribuciones exclusivas y supremas, a las Asambleas mismas. "Cada una de las Cámaras es juez de la elegibilidad de sus miembros y de la regularidad de la elección", decía el art. 10 de la ley constitucional francesa (16 de julio de 1875). De análoga manera se expresan la Constitución belga (art. 34), la de los Estados Unidos (art. 1.º, sec. 5.ª), la española de 1876 (art. 34), la francesa de 1946 (art. 8), la italiana (art. 86), la portuguesa (art. 86), la mejicana (art. 60), la argentina (art. 57), etc.

Obedece este sistema al principio de la división de los poderes, que prohibe el que uno de ellos quede supeditado a otro, mucho menos en el momento de su constitución, que puede influir tanto en su ulterior vida y actividad. Pero, a su vez, tiene este sistema el gravísimo inconveniente de carecer de una de las condiciones indispensables para formar un juicio exacto y emitir un fallo justo: la imparciali-

---

1 Vide ORBAN y ANSON: loc. cit.

2 BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 437; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político,* n. 181; MUNRO: *The government of the United States,* cc. XVII al XXI, MacMillan, New-York, 1950.

dad. En esos casos, ha de ser siempre la mayoría de la Cámara la que decide; y la mayoría, por la propia naturaleza de su constitución y por los fines y vida a que está destinada, ha de sentir vivo interés en reforzarse a sí misma, y en debilitar, al mismo tiempo, a las minorías con las que ha de luchar. En otras palabras, estará inclinada siempre a reputar válidas las actas de los miembros de la mayoría y a rechazar las de la minoría; y quizá, de una manera particular, a invalidar algunas actas, cuyos titulares más pudiera temer.

El segundo sistema, mucho más justo a nuestro entender, encarga el examen y legalización de los poderes a los organismos judiciales. Parece, sin duda, el más razonable allí donde el poder judicial esté bien organizado y goce de la independencia que el recto ejercicio de sus sagradas funciones reclama. No hay aquí ningún rebajamiento, ni supeditación de un poder a otro. Porque, en ese caso, está el poder judicial ejerciendo su misión dentro de la esfera de sus atribuciones peculiares; no hace más que aplicar una ley, establecida ya de antemano por el poder legislativo, a los casos particulares de la vida, resolviendo las dudas y aplicando la sanción correspondiente donde haya lugar a ello. Por otra parte, el tribunal sentenciador no está inclinado, por su propia constitución y sus fines, a favorecer a unos y oponerse a otros; y, en caso de abusos, los males han de corregirse fortaleciendo y purificando el poder judicial. La ley electoral española de 1907 encomendaba los casos litigiosos electorales al Tribunal Supremo de Justicia que emitía un dictamen, que dejaba, sin embargo, intacta la soberanía del Congreso.

La Cámara de los Comunes de Inglaterra, que, hasta mediados del siglo pasado, tenía la potestad de decidir sobre la validez de las actas protestadas de sus miembros, renunció a esa facultad. Y desde la ley de 1868, toda protesta contra la validez de determinadas elecciones, debe dirigirse a un Tribunal formado por dos Jueces de los Tribunales superiores de Londres, que envían su decisión motivada a la Cámara popular. En caso de desacuerdo de ambos Jueces, el empate se decide en favor del elegido. Este último trámite vicia la buena dirección del sistema. Aplicaron también el mismo sistema judicial Polonia y el Japón que encomendaban al Tribunal Supremo y al Tribunal de Apelación de Tokío, repectivamente, los litigios electorales (Constituciones anteriores a la última guerra mundial).

Un *tercer sistema* se ha interpuesto, en estos últimos años, para la labor depuradora de las elecciones: la de los Tribunales

especiales creados para este fin. La Constitución *alemana de Weimar* creó un *Tribunal electoral,* compuesto por tres miembros del Reichstag elegidos por él, para el período de una legislatura, y dos miembros del Tribunal administrativo del Imperio, nombrados por el Presidente del Reich.

La misma tendencia siguió Checoeslovaquia (Ley 20 febrero 1920) creando un *Tribunal electoral.* Lo presidía el Presidente del Tribunal Supremo Administrativo, quien designaba de entre el personal del mismo Tribunal los ponentes necesarios. Los asesores (vocales) los elige la Cámara de Diputados entre los ciudadanos checoeslovacos que hayan cumplido 40 años, versados en la ciencia del Derecho, y que no sean miembros de la Asamblea Nacional, ni de la representación departamental.

En *Austria* corresponden los litigios electorales al Tribunal de Justicia constitucional (Const. — art. 141 — de 1920, modificado en 1931).

Chile también creó un *Tribunal calificador* para todas las elecciones: del Presidente de la República, Diputados y Senadores.

Nos inclinamos, por consiguiente, al sistema judicial o al de Tribunales especiales, como los que ofrecen más garantías y presentan menos inconvenientes.

Proponen otros la formación de un Jurado[1] por los mismos electores y en el sitio donde se verifiquen las elecciones. Las partes interesadas habían de tener un amplio derecho de recusación. Respecto de este último sistema, nos parece que sería dificilísimo constituir el jurado de forma que se viese libre de las violentas pasiones que, precisamente, en el teatro mismo de la lucha, provocan las elecciones. Sería, pues, incapaz de llevar a cabo su labor.

b) La Mesa de las Cámaras. — Los representantes, una vez legalizados sus poderes, deben, ante todo, organizarse, formar un solo cuerpo, del que proceda, naturalmente, una labor única, ordenada y eficaz. Y no basta para ello el que se erija entre ellos una autoridad indiscutible que distribuya los asuntos, dirija las discusiones y proponga los acuerdos. "En nuestros días, dice acertadamente Lowel,[2] es imposible que una Asamblea represen-

1 La Grasserie: Op. cit., c. IX.
2 Op. cit., t. I, c. XIII.

tativa numerosa realice su labor en sesión plenaria. Le faltarían para ello tiempo, paciencia y los conocimientos necesarios. Es preciso evitar que derroche las sesiones discutiendo proposiciones que no llevan ninguna probabilidad de éxito; las proposiciones que deban ser objeto de examen en sesión plenaria, deben ser de antemano estudiadas seriamente, pesadas sus disposiciones y redactadas en un lenguaje preciso; las objeciones, en lo posible, atenuadas por mutuas concesiones y compromisos, o, cuando menos, reducidas a divergencias de principios, claramente señaladas. En una palabra, deben estar formuladas de forma que la Asamblea no tenga que determinar más que un corto número de cuestiones perfectamente definidas. Y, a fin de ponerla en disposición de realizar con inteligencia esa labor, puede aún ser necesario recoger datos referentes a hechos todavía dudosos. Las Asambleas modernas, para lograr esos resultados, se han valido sobre todo de *Comisiones de una u otra especie...*"

En efecto: las Asambleas modernas, en general, 1) están presididas por una autoridad que se llama *Mesa,* compuesta de un presidente, uno o varios vicepresidentes y varios secretarios; 2) se dividen en diferentes *Secciones* o fracciones que, como en privado y de antemano, estudian los asuntos que deben luego tratarse en sesión pública; 3) y nombran *Comisiones,* es decir, grupos (más o menos amplios) de representantes, a los que se les encomienda el estudio y la redacción de un dictamen sobre determinados proyectos que luego presentan a la Cámara en pleno.

La Mesa está constituída, como acabamos de decir, por un presidente, uno o varios vicepresidentes y varios secretarios. En el presidente se reúnen las prerrogativas todas de la Mesa; los vicepresidentes suplen al presidente en ausencias o vacantes inevitables; los secretarios redactan y firman las actas de las sesiones.

Por regla general, la Mesa es de elección de la Cámara misma. Es precepto general que se registra en todas las Constituciones que cada Cámara elige su mesa. Aun en la U.R.R.S. "El Soviet de la Unión (y de las Nacionalidades) elige el Presidente de la Unión y sus dos vicepresidentes" (arts. 42 y 43). Sin embargo, la presencia de algunas Cámaras Altas ha sido de nombramiento real o atribución aneja a un elevado cargo de carácter ejecutivo. Era presidente nato del Bundesrath, en el Imperio Alemán, el canciller del Imperio; lo es del Senado norteamericano, el vicepresidente de los Estados Unidos;

y en Inglaterra lo es (de la Cámara de los Lores) el Lord Canciller y en España e Italia el designado por la Corona en la Constitución de 1876 y en el Estatuto de 1848.

Por el mismo carácter de sus facultades, el presidente debe ser una autoridad *neutral e imparcial;* de suerte que, aunque proceda de alguno de los partidos que luchan en el Parlamento, su oficio le veda una inclinación favorable a ningún partido ni miembro de la Cámara. Por eso, ordinariamente, no toma parte ni en las discusiones ni en las votaciones de los proyectos de Ley.

Es clásica y digna de estudio la figura del *Speaker* o presidente de la Cámara de los Comunes de Inglaterra por su gran autoridad y porque ha servido de modelo a los presidentes de muchas Cámaras europeas.

La elige cada nuevo Parlamento, el día de su primera reunión. Dos padrinos proponen un nombre o un candidato al Clerk, secretario de la Cámara, designado por la Corona. Si se discute la proposición, se procede a la votación por el procedimiento ordinario para este trámite. Al día siguiente de la elección, el designado se presenta a la barra de la Cámara de los Lores y declara que "los fieles Comunes de Su Majestad, conformándose a la orden del Soberano y ejerciendo un derecho indiscutible, han elegido un Speaker, y solicitan la aprobación real". El Lord Canciller, en nombre del Soberano, contesta que "Su Majestad aprueba la designación hecha por la Cámara de los Comunes."[1]

El presidente dura en su cargo, como regla general, mientras dura el mandato de las Cámaras que le han elegido, aunque la Cámara electora pudiera limitar el tiempo o revocar la elección. Pero parece costumbre laudabilísima la de dar a ese cargo una duración indefinida, para granjearle la autoridad que su elevada categoría reclama y para que, a su vez, dé pruebas de la imparcialidad que le debe animar. Así en Inglaterra se repite la elección en cada nuevo Parlamento; pero, de hecho, mientras siga perteneciendo al Parlamento y no quiera retirarse, es indefinidamente elegido el mismo Speaker.[2] Costumbre que Australia ha llevado a su Constitución, estableciendo que "cesará el Speaker de ejercer sus funciones, si cesa de ser senador (o representante). Puede ser revocado en sus funciones por un voto de la

---

1 FLANDÍN: *Institutions politiques de l'Europe Contemporaine. Angleterrre,* III.

2 LOWEL: *Le gouvernement de l'Angleterre,* c. XII.

Cámara. Puede renunciar su cargo por un escrito dirigido al gobernador general"[1] (art. 17).

Las atribuciones concretas del presidente de las Cámaras deben estudiarse en cada Constitución, o en los Reglamentos de las Cámaras, puesto que no son uniformes. Pero puede afirmarse que, en los países regidos por el sistema parlamentario, es una de las más altas personalidades del Estado. Desde el punto de vista honorífico, dice *Duguit*,[2] refiriéndose a Francia, el presidente del Senado es la segunda personalidad del Estado y el presidente de la Cámara de los representantes, la tercera. Él preside las sesiones de las Cortes, dirige los debates, aplica el reglamento, impone las penas disciplinarias, acuerda y redacta la orden del día, recibe las proposiciones y proyectos de ley, las enmiendas, las interpelaciones; es el órgano nato de comunicación entre las Cámaras y el Gobierno o cualquiera otra entidad o persona, etc.

Pero los presidentes de algunas Cámaras tienen aún otras atribuciones más importantes, que deben ser objeto de estudio para los políticos y tratadistas en general. El presidente de la Cámara de representantes de los Estados Unidos, por ejemplo, tiene la facultad de nombrar, él mismo, los miembros de las Comisiones; atribución importantísima que le otorga una influencia decisiva en los trabajos y decisiones legislativas de aquél país.

c) SECCIONES Y COMISIONES.[3] — Las Cámaras, para la ordenada distribución de sus tareas y estudio de los asuntos, se dividen en grupos o *Secciones*. Por ejemplo, la Cámara belga se divide, por suerte, en seis Secciones, que se renuevan mensualmente;[4] el Congreso español se dividía en siete fracciones, que se renovaban, por suerte, cada dos meses (art. 56-regl.) ; la Cámara francesa en once secciones (bureaux) que se renuevan mensualmente.

Tienen por objeto estudiar y como preparar de antemano los asuntos que luego se han de discutir en sesión pública; conceder

---

1 En algunos países, como España, antes de que se reuniera el número suficiente de Diputados y se legalizaron sus poderes, se elegía una Mesa provisional con la única misión de preparar y dirigir la constitución definitiva de la Cámara y de la Mesa. Son pormenores que hay que estudiar en los Reglamentos.

2 Véase BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit,, pp. 525 y ss.

3 V. BARTHELEMY-DUEZ: Op. Cit., pp. 535 y ss.; ILBERT: *El Parlamento*, c. V y VI; MUNRO: Op. et loc. cit.

4 ORBAN: t. II, n. 227.

o negar el permiso para que se lean en las Cámaras las proposiciones de ley, que han de tomarse o no en consideración; dictaminar (en Francia) sobre la legalidad de las elecciones; finalmente, nombrar de su seno a los que han de formar las Comisiones de que vamos a hablar en seguida.

Las *Comisiones* son pequeños grupos de representantes, a los que se encomienda el estudio e informe de determinados asuntos, que se proponen a la Cámara para su discusión y aprobación. Salen, como es natural, del seno de la Cámara que elige sus miembros, en una u otra forma, según cada Constitución; salvo la excepción del Congreso de los Estados Unidos, y las actuales Cortes españolas, en los que el presidente de la Cámara es quien nombra las Comisiones.

Hay Comisiones *permanentes* y Comisiones *especiales*. Las *Comisiones permanentes* se nombran al principio de cada nuevo Parlamento o legislatura; y se llaman así porque tienen la misma vida que el Parlamento o la legislatura para la que se eligen. Así es permanente en todas las naciones la Comisión que aquí llamamos de presupuestos; y las Comisiones permanentes adjudicadas a cada Ministerio, cuyos asuntos estudian y preparan, etcétera.

Las *Comisiones especiales* se nombran para un asunto determinado, y duran mientras se discute y resuelve el asunto. Por ejemplo, la Comisión nombrada en la presentación de una ley; votada o rechazada la ley por las Cámaras, se disuelve la Comisión.[1]

También en este punto el Parlamento inglés se rige por normas especiales. No existen allí Secciones; y las Comisiones tienen una estructura especial. Existe, en primer lugar, la *Comisión plenaria* (Committee of the whole) que no es propiamente una Comisión de la Cámara, sino la misma y toda la Cámara que se reúne, no para tomar acuerdos, sino como para deliberar en privado, en forma y con precedimientos especiales. En este caso, deja la presidencia el Speaker y la ocupa el presidente de las comisiones; y en las deliberaciones que tienen lugar, no se aplican las reglas de las sesiones públicas y ordinarias, en que no se permite hablar más de una vez sobre un asunto, sino que puede usarse varias veces de la palabra para discutir, en cada asunto, cada

1 Vide BRYCE: Op. cit., t. I, c. XV; ORBAN: Op. cit., t. II, n. 227; DUGUIT: Op. cit., párr. 100; ESMEIN, BARTHELEMY-DUEZ, RUIZ DEL CASTILLO, ILBERT, MUNRO, etc.

artículo, cada párrafo... Esta Comisión recibe diversos nombres según los asuntos de que trata. Se llama *Comisión plenaria* cuando se ocupa de leyes ordinarias; de *subsidios,* cuando trata de créditos; de *vías* y *medios,* cuando se trata de contribuciones, etc.

Hay también una *Comisión de elección,* compuesta de once miembros elegidos por la Cámara misma al comienzo de la sesión. De hecho, su designación brota del acuerdo de los jefes de los grandes partidos de la Cámara y se procura que, en cuanto sea posible, sea una Comisión verdaderamente imparcial. Su misión, importantísima políticamente, es la de señalar las Comisiones especiales y las permanentes.

Las *Comisiones especiales* están compuestas ordinariamente de 15 miembros, elegidos por la Comisión de elección; aunque los puede elegir también la Cámara. Tienen por objeto estudiar los asuntos particulares que se les encomienda. En 1882 se crearon otras dos grandes Comisiones permanentes (confirmadas en 1888): una de ellas se ocupa de los proyectos que se le envían referentes a cuestiones jurídicas; la otra, de cuanto se relaciona con el comercio, marina mercante, fábricas, agricultura, pesca, etc. Finalmente, en 1907, con el fin de aumentar la capacidad de trabajo del Parlamento, se elevaron hasta cuatro el número de Comisiones permanentes y se dispuso que el traslado de los bills a esos grupos fuese, no una medida excepcional, sino un procedimiento normal.

Además de las Secciones y Comisiones, hablan los autores de otras agrupaciones de representantes. En el Parlamento francés, Barthelemy habla de *Grupos;* como también la Constitución italiana (arts. 72 y 82) se refiere a Grupos.

Algunos *Grupos* llamados no políticos o extraparlamentarios, no tienen existencia oficial. De número ilimitado, proceden de iniciativas personales y su eficacia y su misma vida penden de su éxito. De múltiple variedad y de vida inestable nacen y mueren al calor de las circunstancias, según su finalidad: Grupos de estudios, de intereses (vitícolas, aceiteros), de defensa artística, de antiguos combatientes, etc. Otros Grupos son y se denominan *políticos,* y tienen existencia oficial. El reglamento francés los encuadra en cuatro categorías.

a) Grupos que se ocupan en el reparto de los escaños entre los representantes de distintos matices políticos, dividiendo el salón de sesiones en tantos sectores como Grupos: izquierda, centro, derecha, etc.

b) Los presidentes de Grupos políticos unidos a los presidentes de las Comisiones forman la *Conferencia de los Presidentes.* Con un representante del Gobierno, fijan, cada semana, la "orden del día".

c) Grupos que participan en la constitución de *Comisiones* a que

se llega o por elección de la Cámara entera, con escrutinio de lista o por nombramiento de las secciones o "bureaux", o por los Grupos políticos (partidos) según el sistema proporcional.

d) Grupos *políticos* que han de señalar, entre sus miembros, al que, en nombre suyo, puede consumir un *turno* de una hora en los debates.

Esta división de las Cámaras en Grupos, Secciones, Comisiones, etcétera, muy varia en pormenores según los diversos países, tiene por objeto ordenar y activar el trabajo parlamentario. Ofrece poco interés científico y es menester estudiar en los Reglamentos respectivos.

5. Procedimiento parlamentario: Iniciativa. — Hay un Código que regula la vida y actividad del Parlamento: es el *Reglamento* de las Cámaras, conjunto de disposiciones que determina el orden y método en los trabajos de cada una de ellas.

Es prerrogativa peculiar de cada Cámara el redactar y acordar su propio Reglamento. Propiamente, el Reglamento no es una ley; es un conjunto de disposiciones votadas por una sola Cámara y aplicables a *ella sola*, pero obligatorias.

Las sesiones del Parlamento inglés se abren con una plegaria, que, en la Cámara de los Lores, la recita un Obispo, o, a falta de éste, el Lord Canciller o un Par; y en la Cámara de los Comunes, el Capellán del Speaker, o el Speaker mismo. Se lee el salmo LXVII, y se recita el padrenuestro, invocando las bendiciones del cielo sobre la familia real y sobre el Parlamento: "Todopedoroso Dios, por quien reinan los Reyes y los Príncipes administran justicia; que eres el manantial de todo consejo, de toda sabiduría y de toda inteligencia. Tus humildes servidores, reunidos aquí en tu nombre, humildísimamente te piden hagas descender sobre ellos tu sabiduría celestial y que los guíes y los dirijas en todas sus deliberaciones..." La misma loable costumbre observa el Congreso de los Estados Unidos para dar comienzo a sus sesiones. "Las sesiones comienzan todos los días con una plegaria que dirige un Capellán nombrado por la Cámara", dice Bryce (t. I, c. XIII).

La iniciativa. — La iniciativa, como lo hemos ya indicado anteriormente, es la facultad de hacer propuestas a las Cortes, para que, discutidas y aprobadas, se conviertan en ley.

Es regla general, en los regímenes parlamentarios, y así consta en las Constituciones, que el derecho de iniciativa corresponde al Gobierno y a las Cámaras. En el régimen de separación de poderes, sólo compete el derecho a las Cámaras. Si bien el poder

ejecutivo puede ejercer la iniciativa indirectamente, por medio de mensajes y a través de las Comisiones o partidos, etc.

La iniciativa que, cuando parte del Gobierno, propone *proyectos de ley*, y cuando procede de los miembros de las Cámaras se denomina *proposición de ley*, se ejercita presentando a la Mesa, por escrito y precedido de una exposición de motivos y articulado, el proyecto o proposición. La Mesa, según los trámites seguidos en algunos países, envía la proposición a las Secciones, para que ellas autoricen su lectura en el Parlamento: lectura a la que acompañan unas palabras de recomendación del autor, pidiendo a la Cámara *tome en consideración la propuesta*. La toma en consideración significa que la Cámara la admite a la discusión; si no se toma en consideración, quiere decirse que la proposición es ya rechazada, desde luego, sin entrar siquiera a discutir su fondo. En otras partes, la Mesa envía el proyecto a una Comisión de iniciativa, que redacta un informe sumario sobre su utilidad y oportunidad; a base de este informe, la Cámara toma o no en consideración la propuesta.[1]

6. Discusión: diversos sistemas. — Pueden reducirse a tres los sistemas que se siguen para la discusión de las leyes.

SISTEMA INGLÉS DE LAS TRES LECTURAS. — Pasa el estudio de la ley por tres etapas que se llaman lecturas.

La primera lectura, que corresponde como a la toma en consideración de la ley, se reduce a la que el Secretario de la Cámara hace del proyecto. Si éste no se rechaza en esta primera lectura, pasa inmediatamente a la segunda.

Segunda lectura. Es la etapa en que se discute verdaderamente la ley. Comienza con una discusión general sobre la tendencia o principios en que se inspira la ley, sin bajar a sus pormenores ni admitir enmiendas a sus diferentes arts. Si, desde este punto de vista, consigue la aprobación de la Cámara, cede el Speaker su puesto al presidente de las Comisiones, y la Cáma-

---

1 Para abreviar aún más estos trámites, también se permite, en Inglaterra, en algunos casos, que, presentada por un diputado la proposición, se proceda inmediatamente a su primera lectura, sin autorización ni voto de la Cámara, o lo haga en forma de moción, que el Speaker pone al principio de la orden del día, permitiendo al autor y al adversario hacer sobre él brevísimas consideraciones (10 minutos), para proceder en seguida al voto y a la primera lectura.

ra se constituye en *Asamblea plenaria.* Entonces es cuando se hace el estudio detenido de la ley, dando a la discusión carácter técnico y como privado; los artículos son examinados uno por uno; se proponen y discuten las enmiendas; se presentan nuevos artículos, etc., todo ello en tono familiar y permitiendo hablar varias veces a los representantes, cosa que no se permite en sesión pública. "Normalmente un bill va a la Comisión plenaria o a la Comisión permanente; pero, después que ha tenido lugar la segunda lectura, puede presentarse una moción para enviar el bill a una Comisión especial. Este envío no produce otro efecto que el de añadir una etapa más al viaje del proyecto; porque después del dictamen de esta Comisión, pasará otra vez o a la Comisión permanente o a la plenaria. Sólo una Comisión permanente, como lo hemos ya explicado, reemplaza a la Comisión plenaria."[1]

Terminada la discusión en las Comisiones, vuelve el bill, con o sin enmiendas, a la Cámara, que, en sesión ordinaria, presidida por el Speaker, decide, con su voto, la suerte del mismo.

Tercera lectura. En esta etapa la Cámara examina y vota el bill en conjunto, sin admitir otras enmiendas que las que se refieren a la forma de la redacción. No pueden intentarse modificaciones de fondo, sino por medio de una moción para enviar de nuevo el bill a una Comisión.

SISTEMA DE LAS COMISIONES PERMANENTES. — Es el seguido por el Congreso de los Estados Unidos de América del Norte.[2]

Se divide la Cámara en varios pequeños Grupos, a los que se les encomienda el estudio de las proposiciones y proyectos que se presentan a la Cámara. Estas Comisiones son permanentes, es decir, nacen y mueren con el Congreso; se nombran al principio de la sesión, y no se disuelven sino con ella. Además, cada una informa sobre determinada clase de asuntos; así hay Comisiones de negocios extranjeros, de vías y medios, de asuntos militares, etc. El número de miembros de que se componen, varía; pero a esos miembros los nombra el Speaker, lo que da a éste un poder inmenso en la legislación y administración del país.

Al lado de estas Comisiones permanentes puede la Cámara

---

1 LOWEL: Op. cit., c. XIII.
2 BRYCE: Op. cit., t. I, c. XV, que puede servir de ejemplo.

nombrar otras especiales, temporalmente y para asuntos particulares de interés común.

Todos los bills deben de ir a una u otra Comisión, resolviendo las dudas el voto de la Cámara. En los Estados Unidos las Comisiones celebran sesiones secretas, pueden recoger los informes que juzguen convenientes de cualquiera clase de personas; oír al defensor o defensores del bill; y, finalmente, redacta su informe favorable, contrario o modificativo, que se presenta después al voto de la Cámara.

La suerte del bill depende en absoluto de la Comisión. No porque la Comisión lo pueda suprimir, sino porque lo puede hacer fracasar, con toda seguridad, de varias maneras: no dando informe, o retrasándolo hasta el fin de la sesión (tiempo en que caducan todos los bills pendientes); o dando un informe desfavorable. Dado el crecidísimo número de bills que se proponen y el escaso tiempo de la Cámara para estudiarlos y discutirlos, ordinariamente, el Congreso sigue el parecer de la Comisión, salvo rarísimas excepciones.[1]

SISTEMAS DE SECCIONES Y COMISIONES. — Lo siguen Francia, Bélgica, etc. Se divide la Cámara en Secciones y Comisiones. La división en Secciones se hace, ordinariamente, por suerte y por período relativamente corto: por uno o dos meses, cada Sección nombra la Mesa que ha de dirigir sus trabajos. A las Secciones van a parar, en primer término, las proposiciones de ley, y ellas son las que determinan (basta que lo conceda una Sección) si se consiente o no su lectura en el Parlamento, que vota entonces la toma en consideración. Vuelve entonces el asunto a las Secciones, donde se le examina y estudia, y cada Sección nombra un miembro de su seno y los nombrados forman la Comisión encargada del proyecto.

La Comisión analiza el asunto, propone o acepta enmiendas, y redacta, por fin, el informe, que se lleva a la Cámara para su discusión detenida. Según la extensión y naturaleza del proyecto, se abre primero una discusión general que se refiere a la totalidad de la ley, es decir, a la tendencia y principios en que se inspira; y luego se procede a la discusión por capítulos y artículos. La Comisión es la que toma a su cargo la defensa del dicta-

---

1 Los vicios inherentes a este sistema, tal como se practica en los Estados Unidos, véanse en Bryce, loc. cit. Pero téngase presente que muchos de ellos dependen de la forma en que allí se practica el sistema y que no son esenciales a él. M. FRAGA: *La reforma del Congreso de los EE. UU.* La L. R. A. de 1946. (Ed. Cultura Hispánica. Madrid, 1951.)

men, la que acepta, modifica o rechaza las enmiendas presentadas por los diputados, dentro de los límites del Reglamento. Finalmente se vota. Este último sistema (de Secciones y Comisiones) puede combinarse con el de las Comisiones permanentes, en cuyo caso habrá Comisiones especiales para cada ley, salidas de las secciones; y Comisiones permanentes designadas, bien por las mismas Secciones, bien por toda la Cámara.

7. Independencia y publicidad de los debates. — En el sistema de la dualidad de las Cámaras, cada una de ellas trabaja, discute, realiza, en una palabra, su labor, independientemente de la otra.

Y esa misma libertad e independencia que debe haber en los debates, aconseja también que, en los pueblos monárquicos el Rey, y en los republicanos el Presidente de la República, no asistan a las deliberaciones; tan sólo han de presentarse ante la representación nacional en casos especiales, en los que, más que otra cosa, se busca la solemnidad del acto. La indispensable comunicación del Jefe del Estado con las Cortes, se realiza, de parte de aquél, por medio del Ministerio responsable o por medio de Mensajes (Estados Unidos), y de parte de éstas, por medio de Comisiones nombradas de su seno o por escrito.

Discuten algunos autores lo que resolvía taxativamente nuestra Constitución (1876) en su art. 38, diciendo que "no podrá estar reunido cada uno de los dos cuerpos colegisladores, sin que también lo esté el otro". Eso parece desprenderse de la unidad del Parlamento y del mutuo deber de cortesía. Sin embargo, durante la mera suspensión de sesiones, nada obsta para que una de las Cámaras, terminada su labor, levante sus sesiones, mientras la otra siga celebrándolas.

La publicidad de los debates.[1] — Es uno de los axiomas políticos modernos. Se obtiene esa publicidad por la entrada libre en el salón de sesiones y por la prensa. A ese fin, los edificios y salones donde tienen lugar las deliberaciones, disponen de tribunas, algunas de las cuales puede ocuparlas el público en general, destinándose otras a los diplomáticos y a los representantes de la prensa. Además, se publica un "Diario oficial de sesiones", relación autorizada y auténtica de cuanto acontece y se dice en las Cortes.

---

1 V. Barthelemy-Duez: Op. cit., p. 552.

Aceptó ya este principio de la publicidad la Constitución norteamericana, al establecer, en su artículo 1.º, (sec. 5.ª), que "cada Cámara redactará un Diario de sus deliberaciones, que dará, de tiempo en tiempo, a la luz pública, fuera de las partes que juzgue necesario tener secretas".

Pero, al implantar ese principio en su Constitución, no se inspiraron los políticos norteamericanos en las costumbres políticas inglesas. Al contrario, fueron los ingleses partidarios del secreto de las deliberaciones y lo defendieron como un privilegio. "Hasta hace alrededor de 100 años, la Cámara se esforzó en impedir la publicación de sus debates en hojas públicas". Fué este problema causa de graves controversias, que terminaron, no por vía legislativa, sino por el cambio de opinión de la Cámara, en favor de la publicidad de las sesiones. "El cambio completo de actitud de la Cámara de los Comunes, respecto de la publicación de sus debates, se debe a que también han sufrido una transformación completa sus relaciones con el público. Hoy los miembros del Parlamento buscan la aprobación de sus electores, y lejos de temer la divulgación de lo que se ha dicho en la Cámara, se esfuerzan en llamar hacia sí la atención, reproduciendo en los periódicos locales las palabras pronunciadas en el Parlamento".[1]

Hoy en día, la regla de la publicidad es general; como también es general la excepción de que, en algunos casos, pueden celebrarse sesiones secretas. La celebración de sesiones secretas la determina el Presidente o la Cámara misma. Se justifica la excepción por razones de conveniencia evidente, cuando se trata del honor o decoro de sus miembros, de cuestiones diplomáticas e internacionales, de medidas de defensa de la patria, de asuntos cuya deliberación o resolución, por circunstancias especiales que hay que juzgar en cada momento, pueden promover alteraciones de orden público, trastornos, etc.

8. Votación: formas de la votación. — Es el momento solemne en que los miembros del Parlamento manifiestan su voluntad sobre un asunto, aceptándolo o rechazándolo.

La voluntad de la Cámara se manifiesta de diversas maneras; diversidad que da lugar a las diferentes formas de votación, acomodadas a la naturaleza del asunto que se trate de resolver. En toda votación debe, ante todo, buscarse la verdad de la misma; es decir, que con toda claridad aparezca cuántos (en algunos casos, *quiénes*) y en qué sentido votan. Si a la claridad puede añadirse la rapidez y la comodidad, tanto será más seguro y per-

1 LOWEL: t. I, c. XI.

fecto el procedimiento. Las formas más comunes son las llamadas votación ordinaria, votación nominal, votación por papeletas, votación por bolas, votación por división.

En la *votación ordinaria* manifiestan los diputados su voluntad afirmativa, es decir, de aprobación del asunto discutido, levantándose de sus asientos o levantando la mano; la negativa, permaneciendo sentados. Los secretarios hacen el recuento de unos y otros, y el presidente declara el resultado de la votación.

La *votación nominal* se verifica cuando los diputados dicen sus nombres, permaneciendo sentados, añadiendo *sí* o *no,* según sea el voto de aprobación o reprobación.

La *votación por papeletas,* se realiza como lo indiva su mismo nombre. Va en ellas impreso el nombre del representante, y el color (blanco o azul), por ejemplo, de la papeleta indica su voto en un sentido o en otro; o el diputado escribe en ella el nombre de una persona, si se trata de nombramientos; en este caso, la votación puede y suele ser secreta.

En la *votación por bolas,* se entregan a cada representante dos, una blanca y otra negra. Pasan dos ujieres con urnas por delante de los escaños de los diputados; la primera es la que recoge el voto y, en la otra, se deposita la bola restante. La bola negra significa condenación, la blanca absolución. Es votación secreta y se utiliza para calificar la conducta o actos de las personas.

La *votación por división* consiste en fraccionarse los representantes en dos grupos, a un lado y otro, uno que aprueba y otro que desaprueba. Se trata de una forma más lenta e incómoda de la votación ordinaria; se usa en el Parlamento inglés. También en el mismo Parlamento cuando, verificada así la votación y proclamado el resultado por el Speaker, protestaran algunos contra el recuento, que suponen o sospechan no estar bien hecho, se repite la votación de otra manera. Formados los votantes en dos grupos, a derecha e izquierda del presidente, los cuentan los secretarios escrutadores, y después pasan los unos por un pasillo y los otros por otro que dan acceso a la sala de sesiones; al pasar, los secretarios cuentan los votos y los notarios apuntan los nombres de los votantes.[1]

Se ha ensayado también en Norteamérica el *voto eléctrico,* mediante un botón colocado en cada escaño.

9. La guillotina. El quorum. — Ha germinado y se ha desarrollado en el Parlamento moderno una corruptela que embaraza

1 LOWEL: Op. cit. t. I, c. XII; BRYCE: Op. cit., t. I, c. XIII.

toda labor seria y retrasa indefinidamente toda votación y acuerdo definitivo: *la obstrucción.* Abusando los representantes del derecho de discutir los asuntos y de proponer enmiendas, no hay artículo de ley que no sea objeto de oposición y sobre el que, en cada línea y palabra, no hagan llover enmiendas y modificaciones a granel. Con eso se prolongan indefinida e inútilmente las sesiones, hasta llegar al término de la legislatura, que se diluye en un océano de verborrea ineficaz e inútil. Algunos Parlamentos han tomado medidas preventivas contra esos abusos, como limitar el número de oradores que han de intervenir en la discusión de cada asunto; limitar el tiempo de las intervenciones, etc. Pero la insuficiencia de esas medidas ha obligado a echar mano de otras más radicales: el empleo de la *guillotina.*[1]

Utilizó ese medio el Parlamento inglés, sin ninguna regla ni costumbre que lo autorizara, en 1881, cuando los diputados irlandeses llevaron a un extremo, que pareció intolerable, la obstrucción sistemática. Después de varias noches inútiles de discusión, volvió a ocupar su puesto el Speaker y declaró que la dignidad, el decoro y la autoridad de la Cámara se encontraban en peligro, y que juzgaba que la voluntad de los representantes era que se procediera inmediatamente a la votación, como se hizo. Este paso, justificado o no, señaló un período nuevo en el procedimiento parlamentario. Esa atribución, que se arrogó por sí mismo el Speaker (había de antemano consultado su decisión con Gladstonne, primer Ministro), fué después reglamentándose, y hoy en día (desde 1887) no sólo el Speaker, sino cualquier diputado, con el asentimiento de aquél, puede proponer que, en un día y hora fijo, se proceda a la votación de cualquier bill, suponiéndole suficientemente discutido. Para tomar el acuerdo, basta la mayoría absoluta de la Cámara.[2]

Notóse, sin embargo, que el procedimiento, si bien tenía la indudable ventaja de la inmediata votación de los asuntos, ofrecía también algún inconveniente. Por lo general, después que se había malgastado inútilmente el tiempo en la discusión indefinida de algunos pocos artículos, los restantes se votaban casi sin examen. Parece más razonable aplicar la guillotina por partes o etapas, señalando determinado número de sesiones para artículos determinados, de modo que nin-

1 BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 554.
2 LOWEL: Op. cit., c. XV.

guno de ellos quede sin examen. Este señalamiento de sesiones y plazos se usa sistemática y constantemente en la discusión del presupuesto y, sobre todo, en la discusión y votación de créditos.

También el Reglamento de la Cámara de representantes de Norteamérica contiene medios prácticos para cortar debates inútiles y evitar la obstrucción. Aparte de que a nadie se permite hablar más de una vez sobre un mismo asunto (fuera del autor de la proposición, que puede replicar después que todos hayan hablado), y de que los discursos no pueden pasar de una hora, el remedio principal es el llamado de la *cuestión previa.* Todo diputado, aun sin autorización del Speaker, puede proponer a la Cámara la adopción de la siguiente propuesta: *¿puede ya plantearse la cuestión principal?* Si la mayoría de los presentes en la Cámara contestan afirmativamente, sin ulterior deliberación, se corta el debate y se procede a la votación de la cuestión principal. "El término de la discusión por la cuestión previa, dice *Bryce,* establecida desde 1811, es de uso diario y se considera como tan esencial a la buena marcha de los asuntos, que no he encontrado yo ningún representante ni ningún funcionario que quiera prescindir de ella".[1]

El sistema opuesto, el que no opone traba alguna a la discusión, sigue el Reglamento de la Cámara de Grecia, cuyo art. 23 dice: "La palabra es libre; la discusión no termina sino después de oír a todos los oradores inscriptos y a todos los que hayan pedido la palabra, a menos que renuncien a ella. Después de lo cual, el presidente declara que ha terminado la discusión". Regla verdaderamente absurda.

QUORUM. — Es el número de representantes indispensable para la validez de las sesiones o para la validez de los acuerdos; puede, por lo tanto, hablarse del *quorum* con referencia a las sesiones, y con referencia a las votaciones.

En general, toda entidad moral o junta de personas, para que pueda desarrollar su actividad eficaz y válidamente, requiere la presencia de un número determinado de sus miembros. Y ello es tan obvio y tan corriente en toda clase de asociaciones que se rigen por juntas de personas, que huelga cualquiera ulterior explicación. Sería, pues, absurdo suponer que las Cámaras legislativas, que con sus acuerdos declaran las normas por las que se rigen las naciones, pudieran tomar esos acuerdos cualquiera que fuese el número de miembros que intervienen en su discusión y votación.

---

1 BRYCE: Op. cit., t. I, c. XIII.

Ordinariamente, para los acuerdos legislativos comunes, se exige en las Cámaras modernas, como "quorum", la presencia de la mitad más uno de los miembros de que se componen. Para otros acuerdos de menor importancia, que no constituyan leyes, basta un "quorum" más reducido; mientras que para leyes de excepcional gravedad o trascendencia, se exige más, como la presencia de las tres cuartas partes de los miembros de la Cámara y los votos de las dos terceras partes de la misma.

10. Relaciones entre las Cámaras en el sistema bicameral. Desacuerdos: medios para solucionarlos. — En el régimen de dualidad de las Cámaras, si bien ambas a dos son cuerpos independientes, forman, sin embargo, un órgano legislativo, con una única misión *esencial:* la de dictar leyes. Por eso, ambas Cámaras han de estar unidas entre sí por relaciones de armonía y mutua cooperación.

Esa misma unidad de órgano y mutua cooperación al mismo fin, exigen que los acuerdos discutidos y aceptados por una Cámara pasen a ser discutidos en la otra. Pero la libertad e independencia de ambas puede dar lugar, a veces, a que los proyectos aceptados por una, sean rechazados de plano o modificados por la otra. De aquí los conflictos que se pueden presentar.

Para la solución de estos conflictos han de tenerse en cuenta las diversas circunstancias y supuestos en que se plantee el problema y que se reducen a dos:

Primer supuesto: Caso en que la ley constitucional establece la superioridad de una Cámara sobre la otra.

Segundo supuesto: Caso en que la Constitución proclama que ambas Cámaras son iguales en facultades legislativas.

En el *primer supuesto,* la misma norma constitucional que fija la superioridad de una Cámara sobre la otra, señalará la manera de solucionar o evitar el conflicto.

En *Inglaterra,* la célebre Acta del Parlamento de 1911 concede a la Cámara de los Lores el plazo de un mes para proponer modificaciones y aceptar el proyecto financiero aprobado por la Cámara Baja. Si los Lores dejan pasar el plazo, sin aceptarlo, los Comunes pueden llevar el proyecto a la firma regia. Si el proyecto aprobado no fuera financiero, los Lores disponen de dos años (reducidos ahora a uno) para proponer modificaciones y negociar un acuerdo. Fracasado el intento, el Rey firmará lo acordado por los Comunes.

En *Francia* (C. de 1946) el Consejo de la República dispone tam-

bién de dos meses para dar su opinión sobre los proyectos y proposiciones de ley aprobados por la Asamblea Nacional en primera lectura. Pero es ésta la que, soberana y definitivamente, decide sobre la aceptación o repulsa del proyecto (art. 20); puesto que la Asamblea *sola* vota la ley (art. 13).

En *Portugal,* corresponde a la Cámara corporativa emitir dictamen sobre todas las propuestas o proyectos de ley que sean presentados a la Asamblea Nacional, antes de comenzar su discusión en ésta (art. 103); pero es a la Asamblea Nacional a la que compete hacer las leyes, interpretarlas, suspenderlas y renovarlas (art. 91-1.º).

Aunque no en forma tan tajante, esa subordinación de la Alta Cámara a la Baja en materia legislativa (y lo hicimos notar en el cap. IV anterior, n.º 4) se dibuja claramente en las nuevas Constituciones promulgadas después de la primera guerra mundial. Consúltense las Constituciones alemana (Weimar) tít. V; polaca (art. 35); checoeslovaca (art. 44), etc.[1]

En el *segundo supuesto,* de la igualdad de facultades de ambas Cámaras, el desacuerdo, a veces, es completo; es decir, que una de ellas rechaza de plano el proyecto aceptado por la otra. En este caso, el proyecto citado, por no reunir los elementos indispensables para convertirse en Ley, no pasa de ser un proyecto fracasado.

Pero cuando el desacuerdo es sólo parcial y se refiere a enmiendas o modificaciones que una Cámara introduce en el proyecto aprobado por la otra, el arbitrio ordinariamente seguido para llegar a una fórmula de ley aceptada por todos los elementos del Poder legislativo, es el de las Comisiones mixtas. Cada Cámara nombra, de su seno, una Comisión con el encargo de conferenciar y deliberar con la Comisión nombrada, a su vez, por la otra Cámara. En esa conferencia es donde se elabora, por mutuo acuerdo, el texto final que definitivamente se ha de votar. Las formas y procedimientos de estas Comisiones mixtas varían según las diversas legislaciones y son detalles prácticos fáciles de consultar y de escaso interés general.

En el caso, siempre posible, de un desacuerdo irreconciliable y de la persistencia de una de las Cámaras en la necesidad

---

1 V. LEE y ROGERS: *The new Constitutions of Europe,* New York, 1922; N. PÉREZ SERRANO y C. Sr. POSADA: *Constituciones de Europa y América,* Vict. Suárez, 1927, Madrid; T. MORSTEIN: *Foreign Governments* (Prentice-Hall-New-York, 1950).

de la votación de la ley, no hay recurso de carácter legal que pueda obligar a la otra a desistir de su resolución de rehusar la aprobación que se le pide, puesto que ambas Cámaras gozan de iguales facultades.

Pero pudiera echarse mano de medios de carácter político. Hablando Anson de las prácticas inglesas anteriores al Estatuto de 1911.[1] cita la costumbre de nombrar cada Cámara delegados que se reúnen en una conferencia, en la que los que representan a la Cámara renuente, comunican a los de la otra, los motivos de su resistencia y de sus modificaciones. Estas conferencias, dice, han caído en desuso y no se acude a ellas sino cuando una de las Cámaras las reclama expresamente. Hoy en día se hacen las comunicaciones por medio de mensajes en que se notifican las decisiones y enmiendas, y, en último caso, tienen lugar las negociaciones entre los Ministros y principales jefes que dirigen la operación para llegar a un acuerdo.[2]

Si tampoco dieran resultado esos medios, y los Comunes creyeran que los Lores se oponían caprichosamente a los deseos evidentes del país, un decreto de disolución podría poner en claro esa voluntad. Y siempre queda al Rey, para quebrantar la contumacia injustificada (si así lo fuera) de los Lores, la facultad de crear nuevos Pares que hicieran cambiar la mayoría de la alta Cámara.

En los demás países en que es diverso el carácter de la Cámara Alta, no queda otro recurso supremo, para dar fin a las querellas irreconciliables entre los dos cuerpos colegisladores, que la convocación a nuevas elecciones, en las que claramente aparezca la voluntad y el juicio de la nación.

---

1 *Loi et pratique constitutionnelles. Le Parlement*, c. VII.
2 LOWEL: Op. cit., t. I, c. XIII.

CAPÍTULO SEXTO

SUMARIO: 1. Los miembros de las Cámaras. — 2. Incompatibilidades. Su fundamento. — 3. Aplicaciones positivas. — 4. Indemnizaciones: razones en pro y en contra. Legislaciones positivas. — 5. Prerrogativas parlamentarias. Su origen y fundamento. — 6. Inviolabilidad. Su fundamento y alcance. — 7. Inmunidad. En qué se funda; alcance.[1]

1. Los miembros de las Cámaras. — El recto ejercicio de las funciones encomendadas a las Cámaras exige de sus miembros, además de las condiciones generales de capacidad y honradez que señala la elegibilidad, otras de carácter prohibitivo y excepcional algunas, puesto que les privan de prerrogativas de que gozan los ciudadanos todos en general; de carácter privilegiado otras, como las que les otorgan preeminencias de que carecen los demás ciudadanos. Tienen por fin o quitar obstáculos o proporcionarles medios para el fiel cumplimiento de su misión.

2. Incompatibilidades.[2] Su fundamento. — No debe confundirse la incapacidad con la incompatibilidad. La incapacidad, tratándose de los representantes de la nación, supone que no son sujetos aptos para recibir la investidura parlamentaria, y que, por lo mismo, es nula su elección. La incompatibilidad no supone nada de eso, ni anula la elección o nombramiento, sino que pone al representante elegido en la alternativa de optar entre la representación obtenida o la función o empleo público que tiene o puede tener y que, por eso, se llama incompatible.

---

1 CALAMANDREI: *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, t. II, n. 14, G. Barbera-Firenze, 1950; BALLADORE: *Diritto Costituzionale*, pp. 175 y 182, Milano-Guifré, 1949; M. PRELOT: *Précis de Droit Constitutionnel*, nn. 334 y ss. 338 y 339. J. LAFERRIERÈ: *Manuel de Droit Constitutionnel*, pp. 705 y ss. Donat, París, 1947: ORBAN: *Droit Constitutionnel de la Belgique*, t. II, n. 218; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit. n. 182; SAUSER-HALL: *Guide politique Suisse*, parte 2.ª c. V; LABAND: *Droit politique de l'Empire Allemand*, I, c. V, sec. 3.ª.

2 RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., n. 182; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit. pp. 588 y ss.

Las incompatibilidades pueden reducirse a tres capítulos:[1]

1) Incompatibilidad de la representación nacional con las demás funciones públicas, tanto militares como administrativas y judiciales.

2) Incompatibilidad del cargo de representante con todo empleo o destino honorífico o retribuído por las arcas del Estado y que el poder ejecutivo puede conceder.

3) Incompatibilidad del cargo de representante con otro cargo también representativo, como el de senador con el de diputado y viceversa; ambos con el de diputado provincial o la concejalía de un Ayuntamiento.

Estas incompatibilidades se fundan en razones de muy diversa índole.

No es moderna la cuestión de las incompatibilidades. "Suscitóse, dice Colmeiro,[2] en el seno de las mismas Cortes, mucho tiempo después de acabar la guerra de las Comunidades, la cuestión tan debatida en nuestros días de las incompatibilidades parlamentarias, mediante una petición hecha, en las de Madrid, en 1573, para que no pudiesen obtener la procuraduría de las ciudades y villas los servidores de la Corona y patrimonio real; no solamente porque, como gente asoldada, carecía de libertad para dar su voto conforme a conciencia, sino porque eran habidos por sospechosos entre los procuradores independientes y causa de graves discordias".[3]

"Sin embargo, no sería justo culpar a los Reyes y disculpar a las Cortes... Si alguna vez los procuradores reconocieron el abuso y clamaron porque se le impusiese coto, otras muchas veces se humillaron hasta fatigar al Rey con súplicas de mercedes nuevas y confirmación de las recibidas, alegando lo costoso del oficio y la mala paga de los salarios de la procuración...".

Y es que las razones de las incompatibilidades son de todos los tiempos y esenciales a la naturaleza del cargo de representante.

A veces se funda la incompatibilidad en la imposibilidad material de ejercer, ambas a dos, las dos funciones que se dicen incompatibles; como cuando exigen residencias continuas fijas en sitios distintos. Pero, aun sin eso, como dice muy bien Orlando[4] "la función

---

1 ORBAN: t. II, nn. 218 ss.

2 *Curso del Derecho político*, c. XXIX-III.

3 No gustó Felipe II, añade Colmeiro, de la reforma que excluía de las Cortes a sus criados, ministros y demás personas que llevaban gajes del Rey y debilitaban el influjo del Gobierno en la representación nacional, y así respondió, secamente, "que en esto no convenía hacer novedad".

4 *Principii di diritto costituzionale*. n. 106.

de diputado, cumplida con la conciencia que exige el cargo, es con frecuencia más que suficiente para absorber la actividad de un hombre, de suerte que no se puede ser buen diputado sin ser, al mismo tiempo, mal funcionario, y viceversa". Hay que tener presente, además, cuando se trata de funciones militares, la tendencia, propugnada hoy en día por algunos, a alejar de la vida política a los miembros en activo del ejército.

Otro fundamento de las incompatibilidades, sobre todo en regímenes parlamentarios, es la independencia que requiere el ejercicio del mandato representativo. "Muy difícil es la situación del funcionario frente a los jefes del poder ejecutivo, y bien puede temerse que sufra menoscabo la necesaria libertad que reclama el ejercicio del mandato recibido. Si el diputado es contrario al Ministro, aparte los temores de sufrir daños en su carrera, el espectáculo de un inferior que critica acerbamente a su jefe supremo, no es de los que contribuyen a robustecer y dignificar la administración; si es su partidario, es difícil extirpar la sospecha de que lo es por fines personales de temor o esperanza; y, en política y en asunto tan delicado, es necesario impedir no sólo que ello sea, sino aun que lo parezca" (*Orlando*, loc. cit.).

Aumenta el peso de este raciocinio tratándose de empleos y cargos honoríficos y retribuídos de que puede disponer el poder ejecutivo. En determinadas circunstancias, el ofrecimiento hecho al representante y la aceptación por éste de dichos empleos, puede ser una forma legal y disimulada de soborno y cohecho, en cuyo fondo no haya más que una escandalosa compraventa: la venta de una conciencia que trafica con los intereses de la nación.

No faltan adversarios francos de las incompatibilidades, a quienes no convencen las razones apuntadas, o a quienes, al menos, les parecen mayores que las ventajas los inconvenientes que la implantación de las incompatibilidades puede acarrear. Coartan, dicen, en primer lugar, la libertad del cuerpo electoral que pudiera hallar en la competencia y honradez de un funcionario el representante más apto para sus intereses. Además, supone un grave daño para el país alejar definitivamente del Parlamento competencias y energías públicas de gran valor, como ocurre, a veces, con las que se encuentran, por necesidades de la vida, consagradas a funciones administrativas. Y, en todo caso, aún aceptando el principio de las incompatibilidades, bien pudiera suavizarse con excepciones en favor de algunos que, por su escaso número y por su calidad, no habían de dar lugar a los daños antes aludidos. Los altos funcionarios, añaden, por la elevación de sus cargos, ofrecen las suficientes garantías de independencia e imparcialidad, que no es tan fácil suponer en los funcionarios de los grados inferiores.

3. Aplicaciones positivas. — Esta diversidad de manera de pensar se refleja, como es natural, en la variedad de legislaciones positivas y de Constituciones. Constituciones hay que:

a) No oponen ninguna traba a la elegibilidad de los funcionarios, o en una esfera muy limitada;

b) que cierran, en absoluto, el acceso a las Cortes, a los funcionarios públicos o personas dependientes del Gobierno;

c) y que, tomando una vía intermedia, admiten el principio de las incompatibilidades, estableciendo algunas excepciones a favor de determinados funcionarios señalados en la ley.

Siguieron la primera tendencia la Constitución imperial alemana y, durante algún tiempo, Bélgica. El art. 21 de la Constitución de abril de 1871 reza que "los funcionarios públicos no tienen necesidad de ninguna autorización para entrar en el Reichstag. Pero cuando un miembro de esta Cámara acepta un empleo retribuído del Imperio o de algún Estado de la Confederación, y cuando el Imperio, o cualquiera de los Estados, le confiere una función que implique mayor elevación de categoría o retribución que la del puesto que ocupaba antes, pierde puesto y voz en el Reichstag, y no puede volver a su escaño sin nueva elección.[1]

Bélgica mantuvo la misma libertad de elección hasta la ley de 26 de mayo de 1848 que (modificada en 1894) prohibe a los funcionarios (y mientras lo sean) ocupar un puesto en las Cámaras.[2]

En cambio *Suiza* (Const. art. 77) cierra las puertas del Consejo nacional a los miembros del Consejo Federal, a los del Tribunal federal y a todos los funcionarios federales.[3]

Finalmente, *Portugal* puede proponerse como ejemplo de la tercera tendencia. Fija expresamente en el art. 20 funciones y cargos incompatibles con la investidura parlamentaria; como aceptar del Gobierno o de cualquier Gobierno extranjero empleo retribuído o comisión remunerada; celebrar contratos con el Gobierno, etc.

La *Ley española* de 7 de marzo de 1880 señalaba las incompatibilidades y casos de reelección de los diputados, en conformidad del artículo 31 de la Constitución de 1876. De la composición de las actuales Cortes parece deducirse que el nuevo régimen no admite incompatibilidades.

---

1 DARESTE: *Les Constitutions modernes*, I; LABAND: *Droit public de l'Empire Allemand*, I, c. V, sec. 3.ª

2 ORBAN: t. II, tít. III, c. II, párr. 5.

3 V. SAUSER-HALL: *Guide politique Suisse*, parte 2.ª, c. V.

4. Indemnizaciones: razones en pro y en contra. — ¿Los representantes en Cortes deben ejercer su cargo gratuitamente? o ¿debe asignárseles una remuneración por sus trabajos, o, al menos, una indemnización por daños y perjuicios?

Tampoco este problema es nuevo, suscitado por el sistema representativo constitucional. Planteóse y resolvióse, a su modo, en el régimen antiguo. "Era el oficio de Procurador (Colmeiro, capítulo XXIX-III) retribuído por las ciudades y villas que los enviaban en calidad de mensajeros, y así les pagaban salarios con que hacían la costa de ir, estar y volver a dar cuenta de su mensaje."

Lo mismo ocurría en *Francia* para los representantes enviados a sus antiguos Estados generales, costumbre sancionada despues por la revolución;[1] y en *Inglaterra*, en donde corrían a cargo de los condados y burgos los gastos de los que enviaban a la Cámara de los Comunes.[2]

Estas indemnizaciones tenían entonces una explicación muy sencilla, dado el carácter de simples mandatarios de los pueblos que ostentaban los representantes en Cortes; correspondía al mandante sufragar los gastos que, en su interés, hacía el mandatario: viajes, estancias, hospedaje, alimentos, etc.

El carácter moderno de la representación es radicalmente distinto, y no se discute ahora si las circunscripciones electoras han de pagar o indemnizar a los candidatos que elijan; sino a ver si éstos, puesto que una vez elegidos representan a toda la nación, han de recibir una remuneración o indemnización del tesoro nacional. Cíñese, además, la controversia a los representantes elegidos (senadores y diputados), no a los senadores de carácter aristocrático, hereditario o de nombramiento real.

Un sueldo asignado al mandato representativo, dicen los adversarios de la indemnización parlamentaria, convertiría la representación en una profesión, en un oficio lucrativo, desnaturalizando su carácter y su fin. Esto daría lugar a fomentar la clase de políticos profesionales, que se habrían de servir de su investidura parlamentaria para entregarse a especulaciones financieras

---

1 ESMEIN: Op. cit., parte 2.ª, c. V, sec. 3.ª.

2 Hay que advertir, sin embargo, que esta costumbre cayó, y aun desapareció por completo, en Inglaterra en el siglo XIII; pues los mismos candidatos, en vista de las quejas de los pueblos, renunciaron a su derecho; (ANSON: *Loi et pratique constitutionnelles. Le Parlement*, parte 5.ª).

en provecho propio y daño de los intereses de la nación. De ahí la corrupción del más alto poder del Estado.

Y, al contrario, el carácter honorífico y gratuito del mandato rodea al representante de gran prestigio moral y le predispone para ejercer su cargo con verdadera libertad e independencia. Al mismo tiempo, se cierra la puerta del santuario de las leyes a personas que no ofrezcan las suficientes garantías de independencia.

A estas razones replican los partidarios de la indemnización parlamentaria afirmando que el negarla es, a la vez, injusto y antidemocrático. Injusto, porque todo trabajo lícito y honesto debe ser remunerado. Mucho más cuando dicho trabajo, como sucede en nuestro caso, acarrea el *lucrum cesans* y el *damnum emergens*, puesto que la representación pública, ejercida concienzudamente, absorbe energías que, de otra manera, habían de estar consagradas a una profesión honesta y lucrativa.

"Pero, nosotros creemos, añade *Duguit*, que, en un régimen democrático, no puede discutirse seriamente la indemnización. Es menester que todo ciudadano, rico o pobre, pueda ser enviado al Parlamento; de otra manera, la libertad de elección no es completa, y, por otro lado, se expone a privar al país del concurso de hombres distinguidísimos, a los que la falta de fortuna no les permitiría abandonar sus negocios o su profesión para ir a ocupar su puesto en el Parlamento."

Y en cuanto al peligro de las maniobras financieras a que el carácter gratificado del mandato pudiera dar lugar, pudiera suceder lo contrario. Los políticos especuladores de su investidura y posición parlamentaria, no habían de faltar. Pero, en todo caso, "la ausencia de la indemnización había de servir precisamente de acicate a los diputados sin fortuna, para aprovecharse, como muchos que tienen demasiada inclinación a hacerlo, de su calidad de diputado, para entregarse a especulaciones financieras".[1]

Difieren también los autores respecto de la forma de pagar la indemnización. Propugnan algunos una renta fija por año o por meses; a otros les parece más preferible la cuota por sesión, procedimiento que ofrece la ventaja de combatir el absentismo parlamentario y remunera el trabajo, al menos, de presencia.

---

1 *Manuel de Droit constitutionnel*, párr. 112, ed. 1507.

LEGISLACIONES POSITIVAS. — La diversidad de opiniones se refleja también en la diversidad de prácticas. En los últimos tiempos predomina, en absoluto, la tendencia a conceder alguna indemnización a los representantes de las Cámaras democráticas.

Algunas naciones establecieron en sus leyes la gratuidad del mandato. "Los miembros del Reichstag no pueden recibir, por las funciones que ejercen como tales, ningún sueldo ni indemnización" (art. XXXII, Const. imperial).[1] Lo mismo establecía la ley electoral española de diputados y concejales (art. 9) de 1907. Pero, hoy en día, en ambas naciones existe la indemnización parlamentaria.

Los *Estados Unidos* de Norteamérica, desde los comienzos de su existencia independiente, establecieron una asignación para sus representantes. La primera ley que fija esa asignación data de 1789, seis dólares por sesión. Más tarde se transformó esa asignación en anual y ha ido creciendo progresivamente llegando, por el Acto de 1905, a 7.500 dólares, además de 1.000 para un secretario.

En *Inglaterra,* un acuerdo de la Cámara de los Comunes (10 de agosto 1911), fijó una indemnización de 400 lib. anuales para sus miembros.

La *Constitución alemana de Weimar* (art. 40) establecía que los miembros del Reichstag, además del libre paso en los ferrocarriles, cobrarían una indemnización fijada en la ley.

Francia, que en 1906 (ley de 23 de noviembre) elevó la indemnización a 15.000 francos; y por otra de 1920 (1 de marzo), añadió 1.000 francos mensuales, por las consecuencias económicas de la guerra, sigue aumentando la cantidad al ritmo progresivo de la depreciación de la moneda y de la carestía de la vida.

Bélgica, en su Constitución (art. 52), fijó 12.000 francos anuales, además del tránsito libre por los ferrocarriles.

También en *España,* en 1920, por acuerdo del Congreso (que derogó al art. 9.º de la ley electoral), se suprimió la franquicia postal y se concedió a los diputados una indemnización mensual de 500 pesetas. Así en las demás naciones como *Polonia* (art. 24 Const.) y *Yugoeslavia* (art. 27 Const.); de forma que la indemnización parlamentaria puede considerarse como general.

En nuestros días, mantienen el principio de la indemnización las nuevas Constituciones de Portugal (art. 89-c), Italia (art. 69), Fran-

---

1 Véase LABAND en la crítica de este precepto y sus consecuencias jurídicas.

cia (art. 23) y España (1931, art. 54; y art. 9 Reglam. de las Cortes, 1943), etc.[1]

Es muy difícil fijar una tasa para los gastos electorales, que son y serán indefinidos, según los medios de propaganda (y de corrupción más o menos descarada o legal) que se quieran emplear. Y con esto, aun fijando una cantidad para gastos que pudiéramos llamar oficiales y de procedimiento, que se hiciera soportar a los municipios y circunscripciones respectivas, queda un margen libre y amplísimo a la fortuna de cada candidato o de quienes con eficacia quieran protegerle para la propaganda. De aquí la dificultad de librar las elecciones del influjo corruptor del dinero con la tasa oficial de gastos electorales.

5. Prerrogativas parlamentarias. Origen y fundamento.[2] — La misión fiscalizadora ejercida por los miembros del Parlamento implica la obligación de denunciar abusos y delitos, pedir cuentas, exigir responsabilidades al Gobierno y, en general, a todos los funcionarios y agentes de la autoridad. Esa obligación sólo puede cumplirse con una gran independencia y libertad de palabra, independencia que, a su vez, ha de fundarse en una completa seguridad; es decir, en la presunción efectiva y eficaz de que, ni en sí ni en sus intereses, han de sufrir ningún daño ni vejamen con ocasión del libre ejercicio de sus cargos.

Con el fin de obtener esa seguridad, se les otorga a los representantes ciertas prerrogativas que reciben el nombre de *inmunidades parlamentarias*, y cuyo fin es librarles de toda clase de obstáculos que las autoridades o simples ciudadanos pudieran oponer al ejercicio de sus funciones y ponerles a cubierto de todo género de perjuicios, persecuciones y daños que contra ellos se pudieran intentar.

Como el peligro es tan evidente y tan perentoria la necesidad de evitarlo en una u otra forma, desde tiempos muy antiguos han existido esas prerrogativas de los representantes, que iban a exponer sus quejas al Rey, pedirle justicia y reclamar la sal-

---

1 Planteábase también el problema de los gastos electorales, sobre su limitación y sobre las personas o entidades que han de soportarlos; puesto que, a veces, llegan a ser tan enormes, que, por ellos sólo, quedan excluídos de aspirar a las representaciones públicas todos los que no dispongan de una gran fortuna.

2 V. ORBAN: Op. cit., nn. 223 y 224; ESMEIN: Op. cit., t. II, 2.ª parte, c. V, sec. 2.ª; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., n. 182; BARTHELEMY-DUEZ: pp. 584 y ss.; CALAMANDREI: Op. et loc. cit.

vaguardia de sus derechos. Ya nuestro Rey Sabio en sus Partidas propone normas en defensa de los que van y vienen a la Corte o llamados por el Rey o de grado para exponer sus quejas o hacer sus reclamaciones.[1] En las Cortes que reunió Fernando IV en 1302, 1303 y 1305, los Procuradores pidieron al Rey que "los omes buenos que vengan seguros a la Corte"... "ellos et los que tragieren de venida et de morada, et de ida desde que saliesen de sus casas hasta que tornasen".

Y don Pedro el Cruel, "habiéndole hecho presente los Procuradores a las Cortes de Valladolid (1351) que algunas personas, por malquerencia o por hacer daño, les movían acusaciones maliciosas o demandas que los obligaban a prestar fianzas, ordenó que los Alcaldes de Corte no conociesen de pleito alguno ni querella contra los Procuradores que volviesen a sus tierras, salvo..."[2]

Por consiguiente, más o menos reconocida y respetada por nuestros Reyes existió en nuestra patria la inmunidad de los miembros de las Cortes, y no hay necesidad de acudir a la historia política de Inglaterra para hallar el origen de estas prerrogativas. Los autores así lo suponen en general. *Esmein* dice: "Para comprender esta regla (la del art. 13 de la ley constitucional francesa de 16 de julio de 1875, que se refiere a la inviolabilidad parlamentaria), es necesario ante todo, conocer su origen histórico. Viene de Inglaterra...[3]

En efecto, en Inglaterra el Speaker, apoyado en costumbre inglesa antigua, en nombre de la Cámara de los Comunes que presidía, reclamaba del Rey para sus miembros la libertad de palabra y la inmunidad; pero el Rey atendía o no, según los casos, a su petición, y sólo después de la revolución de 1688, Guillermo y María dispusieron que "la libertad de palabra y discusión en el Parlamento no podía ser atacada, ni ser objeto de examen ante ningún Tribunal, ni en ningún sitio fuera del Parlamento mismo". Pero aún desde entonces, la liber-

---

1 No se habla allí, es verdad, de los Procuradores en Cortes; pero el sentido y la idea es la misma; se trata de la completa seguridad, de la protección decidida que la ley debe otorgar a cuantos se acercan al poder público, ya para ejercer un mandato, ya para sus asuntos particulares en cuanto tengan relación con la autoridad. (Ley 2 y 4, tít. XVI; Part. 2.ª).

2 COLMEIRO: *Curso de Derecho político*, c. XIX-V.

3 Op. cit., parte 2.ª, c. V, sec. 2.ª, Ed. 1928. Véase también ORBAN: Op. cit., t. II, n. 223, donde recuerda que el art. 42 de la "joyeuse entrée de Brabant" garantizaba a todos la libre exposición de su opinión en los Estados (Cortes), sin que por ella incurriesen en la indignación o desgracia de Su Majestad o de cualquier otra manera.

tad de palabra y de acción de los miembros del Parlamento fué, con bastante frecuencia, desconocida, dice *Anson*.[1]

En los tiempos modernos y desde que comenzó a dominar el régimen constitucional, las inmunidades de los miembros del Parlamento son un axioma y principio reconocido como incontrovertible; y las diversas Constituciones las regulan con amplitud; a veces, con exageración peligrosa o claramente injusta.[2]

Estas prerrogativas abarcan dos exenciones o inmunidades: 1) La libertad de palabra o inviolabilidad de que hablaba el artículo 46 de nuestra Constitución de 1876, por la que diputados y senadores son inviolables e irresponsables de las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones. 2) La inmunidad personal, por la que no pueden ser detenidos ni procesados por las autoridades (salvo, en general, el caso de flagrante delito), sin previa licencia de la Cámara a que pertenecen (art. 47). Pudiera añadirse también el privilegio del foro, es decir, el derecho de no ser juzgados por los mismos Tribunales que los demás, sino por otros especiales.

6. Inviolabilidad. Su fundamento y alcance.[3] — "Ningún miembro de una u otra Cámara puede ser perseguido, ni procesado con ocasión de las opiniones o votos que haya emitido en el ejercicio de sus funciones", dice el art. 44 de la Constitución belga, y el art. 13 de la ley constitucional francesa de 16 de julio de 1875. En la misma forma, poco más o menos, se expresan las demás Constituciones. Baste recordar algunas de las Constituciones modernísimas (después de la guerra 1939-45): la portuguesa (art. 8.º), la italiana (art. 68), la francesa (arts. 21 y 22), la española (arts. 6 y 7 del Reglamento de las Cortes de 1943), etc.

Como se comprende de las mismas palabras que acabamos de transcribir, no se trata de una inviolabilidad absoluta, por la que se hace a una persona irresponsable de sus actos, sino

---

1 *Loi et pratique constitutionnelles*, c. V.

2 Véanse en las nuevas Constituciones: después de la guerra de 1914-18, la checoeslovaca (arts. 23 y 24), la polaca (art 21) y la yugoeslava (artículos 87 y 88).

3 Algunos llaman irresponsabilidad a lo que nosotros llamamos inviolabilidad; y, a su vez, denominan inviolabilidad a lo que nosotros decimos inmunidad; CALAMANDREI, M. PRELOT, LAFERRIÈRE, etc., loc. cit.

relativa; sólo son irresponsables por "sus opiniones y votos"; y ello "cuando los emiten en el ejercicio de sus funciones". Entonces no tienen más freno que el que pueden sufrir por la contradicción de sus adversarios, la disciplina del Reglamento de la Cámara, aplicado por el Presidente, y la opinión pública.

Es, pues, en primer término, esa *inviolabilidad local,* como lo expresa claramente la Constitución norteamericana (art. 1.º, sec. 6.ª). "No podrán ser nunca (los miembros de la Cámara) interrogados... por discursos pronunciados u opiniones emitidas *en una u otra Cámara*". Y confirma la Constitución noruega (art. 66) al decir que no pueden ser (los representantes) perseguidos, aun fuera de la sesiones del Storthing, por *las opiniones que en él* hayan emitido.

Y, aun allí y siempre, en el *ejercicio de sus funciones,* es decir por sus discursos, sus apreciaciones, por sus actos representativos de una función pública. Por lo tanto, dejan de ser irresponsables por actos o palabras (que a veces pueden llegar a verdaderos delitos) que allí mismo realizaren o pronunciaren.[1]

Tampoco es absoluta la libertad del voto; sería insensato cubrir bajo la salvaguardia de la inviolabilidad parlamentaria el cohecho, la venta de su conciencia y de los intereses públicos... Eso sería convertir el sagrado de las Cortes en un coto cerrado a la justicia y a las leyes; y, realmente, no en ése el fin, ni el fundamento de la inviolabilidad parlamentaria.[2]

Dedúcese también de lo dicho que la investidura que los protege en el Parlamento, no los defiende fuera de él. Hay que tener presente que las sesiones son ordinariamente públicas, y que existe la costumbre de dar a luz un *Diario de Sesiones,* que se considera como una prolongación, una reproducción escrita oficial de la sesión. No cabe, pues, exigir responsabilidad al diputado de lo que aparezca publicado en el *Diario de sesiones.* Y, en todo caso, si algo punible viera la luz en esa

---

1 Lo declara expresamente la Constitución portuguesa en el art. 89, e, párr. 1, 2, 3: "La inviolabilidad por las opiniones y votos no exime a los miembros de la Asamblea nacional de la responsabilidad civil y criminal por difamación, calumnia e injuria, ultraje a la moral pública o provocación pública al crimen. La Asamblea nacional puede retirar el mandato a los Diputados que emitan opiniones contrarias a la existencia de Portugal como Estado independiente o que inciten de cualquier forma a la subversión violenta del orden político y social, como insultar, herir, maltratar, calumniar, que nada tiene que ver con el ejercicio de una función pública."

2 Véase BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 566.

publicación, correría ello a cargo del Presidente de la Cámara que resuelve en definitiva y autoriza lo que allí debe aparecer.

Con mucha más razón son responsables ante los Tribunales ordinarios, y según las leyes comunes vigentes, de las reseñas de las Cortes publicadas en los periódicos, no sólo cuando no son exacta y leal reproducción de lo dicho o acaecido en ellas, que entonces no cabe duda, sino aun cuando lo fueran.[1]

7. Inmunidad parlamentaria. Su fundamento y alcance.[2] — Tiene por objeto esta inmunidad poner a los miembros del Parlamento a cubierto de cualquier proceso, de cualquiera detención de que pudieran ser víctimas por parte de la autoridad judicial o gubernativa, con ocasión de cualquier acto que hayan realizado o se suponga que hayan realizado fuera de las Cámaras. Para ello se establece que, durante las sesiones, no pueden ser arrestados ni procesados, sin previa autorización de la Cámara a que pertenecen; y si las Cámaras no celebraren entonces sesión, se dé

---

1 Los reglamentos y costumbres de algunas Cámaras permiten publicar en los periódicos las reseñas de las Cortes, *con tal que sean leal y exacta* reproducción de lo allí dicho o acaecido. Así lo confirma también la Constitución alemana: "Las reseñas *fieles* de las deliberaciones públicas del Reichstag, de un Landtag o de sus Comisiones, no dan lugar a ninguna responsabilidad". No es, sin embargo, ésa la regla general. Oportunamente reproduce Ruiz del Castillo las palabras de Anson (*Loi et pratique constitutionnelles de l'Anglaterre*, I, p. 192): "En la Cámara un diputado puede decir lo que le plazca; pero si pretende hacer circular fuera de la Cámara las declaraciones que ha hecho en ella, procede por su cuenta y riesgo, y si aquéllas contienen pasajes de carácter difamatorio, podrá ser perseguido como difamador".

Porque las razones que demandan la inviolabilidad del diputado en el Parlamento, ejerciendo sus funciones públicas, no se refieren para nada a las publicaciones periódicas, sometidas a las leyes comunes de publicidad. Mucho menos cabe extender la inviolabilidad, a las tiradas aparte de los discursos y apreciaciones que puede hacer el diputado o senador.

Todas estas conclusiones están contenidas y sancionadas con toda claridad y precisión en el siguiente texto de la anterior Constitución japonesa (art. 52): "A ningún miembro del Parlamento se le puede hacer responsable, fuera de la Cámara a que pertenece, de las opiniones y votos que haya emitido en aquella Cámara. Pero cuando un miembro haya dado alguna publicidad a sus opiniones por medio de discursos, por la prensa, por escritos o de cualquier otro modo, le serán aplicables las leyes comunes" (DARESTE. *Constitutions modernes*).

El Tribunal de casación belga decidió también que "la inmunidad no cubre la reproducción que un miembro del Parlamento puede hacer de sus discursos fuera del Palacio de la nación". (ORBAN: II, n. 223).

2 RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit. n. 182; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit. p. 509; G. VEDEL: Op. cit. p. 397.

cuenta a ellas en la primera del arresto o proceso, para que resuelvan lo que juzguen conveniente.

Es, pues, claro y evidente el fin y, a la vez, el fundamento de la inmunidad parlamentaria: evitar que los particulares, y sobre todo el Gobierno, valiéndose éste de medios propios o de la presión que puede ejercer sobre el judicial, alejen de las Cámaras a los miembros que les convenga, promoviendo un proceso o decretando una detención, que al menos les inutilice temporalmente, impidiendo su actuación representativa. No se trata, pues, de impunidades, de hacerlos irresponsables de sus actos, de derogar para ellos el Código Penal y las demás leyes. Sino se trata de librarlos de manejos ilícitos, cuyo fin había de ser el de impedir su misión pública, en el sentido en que ya decretaba nuestro don Pedro el Cruel, cuando: "habiéndole hecho presente los Procuradores... que algunas personas por malquerencia o por hacer daño les movían acusaciones maliciosas o demandas que los obligaban a prestar fianzas, ordené..."

De la regla general, se suele exceptuar el caso de haber sido hallado el representante *in fraganti.* Porque entonces no cabe sospechar que se trate de maliciosas maniobras con el único fin de arrancar al procesado del seno de la representación nacional; se trata de la detención y proceso de un delincuente. Por lo tanto, la intervención de las Cámaras a que pertenece no puede, ni debe impedir que siga su curso la acción de la justicia; debe limitarse a examinar si realmente se trata o no de un caso de flagrante delito.

Algunas legislaciones ensanchan la excepción del flagrante delito en cuanto al tiempo en que se comete y en cuanto al delito mismo. Así el Estatuto orgánico de la Duma rusa (art. 18) establecía que no podían ser arrestados sus miembros, "a no ser que fuera detenido el mismo día o al día siguiente de la infracción"; y el art. 37 de la Constitución alemana (1919) proclamaba también la inmunidad parlamentaria "a no ser que haya sido sorprendido *in fraganti,* o lo más tarde en el curso del día siguiente". La Constitución norteamericana, en su art. 1.º, sec. 6.ª, "exceptúa los casos de traición, crimen y violación de la paz pública", y la Constitución japonesa exceptúa el flagrante delito y "el atentado conexo con una situación de perturbación interior o exterior" (art. 53). No faltan quienes protestan (más o menos justificadamente) contra estas ampliaciones del fla-

grante delito, en las que ven un grave peligro de la inmunidad parlamentaria.

Discuten los autores sobre la materia que abarca el privilegio; creyendo algunos, como *Orban*,[1] que se extiende a toda diligencia represiva decretada en materia de policía, siempre, al menos, que requiera la presencia del denunciado y que puede ser, por lo tanto, consecuencia de maniobras políticas; y sosteniendo otros, como *Duguit* y *Esmein*, que, según propone la ley francesa (16 de julio de 1875), art. 14, sólo debe extenderse a materia "criminal o correccional". Porque, dicen, las *persecuciones* fundadas en contravenciones policíacas y disciplinares, "nunca son tan graves que de ellas pueda temerse menoscabo de la independencia del diputado o senador".[2] La inmunidad debe sólo durar lo que duran las sesiones de Cortes; o, ampliando con la costumbre inglesa el plazo, 40 días antes de la apertura y 40 días después de la terminación de las sesiones. La razón es evidente; porque, estando cerradas las Cortes, falta el fundamento de la inmunidad: evitar que, maliciosamente, por medio de una actuación judicial, se impida a un representante el cumplimiento de su misión parlamentaria.

La suspensión de la inmunidad durante el intervalo de las sesiones, "es un homenaje que se rinde a la justicia" y, en general, añadimos nosotros, a la verdad, a la justicia y al orden social, que moral y profundamente se perturba con injustificadas excepciones de las leyes en favor de quienes doblemente están obligados a guardarlas.

Por lo demás, para este efecto, están cerradas las Cortes, no sólo cuando están disueltas, sino también cuando se da por terminada una legislatura o cuando, aun sin eso, se suspenden las sesiones.

No han faltado, sin embargo, quienes sostienen, fundados en el prestigio y dignidad de la representación parlamentaria, que la inmunidad debe durar, mientras dura el mandato, indefinidamente, desde que es elegido representante hasta que cesa de serlo, con la disolución del Parlamento. ¡Privilegio injusto y perturbador! Algo menos disonante parece lo que nuestra Constitución de 1876 prescribía (aunque no se cumplía), que, dado que ocurra algún arresto o proceso "cuando estuvieran cerradas las Cortes, se dé cuenta lo más pronto posible al Congreso, para su conocimiento y resolución". Pero aun esta solución nos parece peligrosísima para la recta administración de la justicia, que no llega a las puertas de la Cámara sino para ser desde allí despedida desdeñosamente.

Finalmente, el efecto de la inmunidad, en el caso en que fuera

---

1 Op. cit., t. II, n. 224.
2 ESMEIN: Op. cit., parte 2.ª, c. V, sec. 2.ª.

amparada por las Cortes, no ha de ser el sobreseimiento libre, sino la suspensión de las diligencias judiciales, todo el tiempo que fuera conveniente o necesario para que el representante ejerza sus funciones públicas. Una vez terminadas éstas, la justicia y los tribunales deben recobrar sus fueros, y el supuesto delincuente debe ser llevado ante ellos a dar cuenta de sus actos. Esto es lo que los Procuradores pidieron a Fernando IV en las Cortes de 1305 para que fuesen y viniesen seguros "ellos y los que tragieren de venida, et de morada et de ida desde que saliesen de sus casas hasta que tornasen"; y esto es lo que les otorgó Pedro I en 1351; "que los Alcaldes de Corte no conocieran de pleito alguno ni querella contra los Procuradores, *hasta que volviesen a sus tierras*", y esto es lo que prescribe la Constitución noruega (art. 66) cuando dice: "que los representantes en su *viaje de ida y vuelta, y durante su estancia* (sesión) en el Storthing, no pueden ser detenidos, salvo el caso de flagrante delito".

La inmunidad parlamentaria, dentro de sus justos límites, es necesaria; pero fácilmente degenera en una patente de impunidad, que es injusticia irritante y perturbadora.

Esa degeneración puede presentarse bajo dos formas:

1) Estableciendo la inmunidad de manera que fácilmente se pueda, o aplicarla a delitos y situaciones a que, en justicia, no debe aplicarse, o extenderla a otras personas, en cuyo lugar se colocan los representantes para cubrir, con su investidura, infracciones ajenas.[1]

2) Con la práctica abusiva de las Cortes de negar, sistemáticamente, las autorizaciones para procesar o suplicatorios que reciben de los Tribunales de justicia. Este vicio, verdaderamente incomprensible, era ya endémico en nuestros Parlamentos.[2]

---

1 De ese abuso se quejaba el Consejo de Estado, diciendo: "No puede desconocerse que, en el quebrantamiento del principio de autoridad, que es síntoma característico de la sociedad contemporánea, mucho alcanza a la inmunidad parlamentaria, extendida indebidamente a hechos que no tienen la menor relación con la función del legislador". Porque "se ha establecido como procedimiento admisible, el de suponerse a un representante del país autor de lo que no escribió ni publicó, con el exclusivo objeto de esterilizar la responsabilidad del verdadero culpable y los esfuerzos de los Tribunales de justicia, si alguna vez no resulta impune la ofensa de la honra ajena". Resultando así "la inmunidad, como una patente sacada a subasta, puesto que no sólo resultaba en beneficio propio del diputado, sino que el diputado podía distribuirla por toda la ciudadanía con esos beneficios de excepción que le han puesto en posibilidad de que se alquile, como se alquila cualquier coche de punto".

2 De ello se lamentaba amargamente el Presidente del Tribunal Su-

En ambos casos no hay palabras para execrar esas arbitrarias atribuciones que se arrogan las Cortes, prevalidas de su situación; y del deplorabilísimo efecto de corrupción, tiranía y anarquía, que desde las alturas del poder dan a la sociedad que deben regir, tanto como con leyes, con sus ejemplos.

---

premo en España, en el acto solemne de la apertura de los Tribunales (septiembre de 1919) con estas palabras: "Lo que no es tolerable sino por la fuerza que ejercitan los que decretan las leyes, es que una práctica viciosa erija en impunidad la inmunidad, negando los suplicatorios para procesar a diputados y senadores por delitos flagrantes comunes, no políticos, y hasta los sólo perseguibles a instancia de parte. Que ni la Constitución ni las leyes distinguen entre delitos y que todos reconocen la omnímoda potestad de las Cámaras para conceder o negar el suplicatorio, es incontestable; mas no se comprende el supuesto legal de que amparen a delincuentes cogidos *in fraganti*, autores de hechos que ni aun remotamente se rozan con la función y los fueros del senador o diputado, y agraviadores del honor ajeno. Cada autorización denegada por las Cortes para procesar por estos hechos, es un bofetón al poder judicial, un desgarrón de su autoridad".

CAPÍTULO SÉPTIMO

La función legislativa en España

SUMARIO: 1. Las Cortes. Indicación histórica: en el antiguo régimen; en el régimen constitucional. — 2. Ley de la creación de las Cortes de 17 de julio de 1942 (modificada por la 9 de marzo de 1946). — 3. Carácter de las nuevas Cortes. — 4. Los Procuradores: Condiciones para ser designados. Incompatibilidades. — 5. Convocatoria de las Cortes. Verificación de poderes. — 6. Prerrogativas de los Procuradores: Inviolabilidad. Inmunidad. Retribución de los Procuradores. — 7. Sus deberes.

1. Las Cortes. Indicación histórica: en el antiguo régimen; en el régimen constitucional. — Las Cortes son, en España, de antiguo abolengo. Después de los Concilios de Toledo y las reuniones similares de los primeros tiempos de la Reconquista, los autores convienen, en general, en afirmar que las Cortes españolas comenzaron a estructurarse y a funcionar según un tipo característico de la conjunción de los "tres brazos o estamentos" en los siglos XII y XIII. En León, se cita la fecha de 1188 para señalar la entrada de los representantes de los Concejos en las Cortes. En Sevilla, se reunieron las Cortes de Castilla en 1250.

Las Cortes se componían de la representación de los tres brazos: de la nobleza, del clero y de las villas y ciudades. En Aragón la nobleza se dividía en dos categorías: Ricos-hombres (alta Nobleza) y Caballeros (baja Nobleza). En Castilla, retirada la Nobleza y el Clero (siglo XV) sólo se juntaban en Cortes los representantes de villas y ciudades.

Un poco indecisa aparece la línea que acotaba el campo de las facultades de las Cortes. En Castilla, se requería la intervención de las Cortes para los impuestos extraordinarios, para la declaración de la guerra y el cobro de recursos especiales, el juramento de los Príncipes y otros asuntos graves. En cambio, en Aragón y Cataluña, la legislación era obra del Rey con las Cortes.

En Cataluña, Aragón y Navarra (y no en Castilla), se creó

un organismo que servía de enlace entre una y otra reunión de Cortes (Diputación Foral, Diputación del Reino, etc.) a la que se encargaba la misión de vigilar la ejecución de lo acordado en ellas y cobrar los recursos aprobados.

En las provincias vascongadas (Alava, Guipúzcoa y Vizcaya) podían considerarse como reuniones de Cortes las *Juntas Generales;* en ellas no tenían entrada ni el Clero ni la Nobleza. — La *Diputación* servía de lazo de unión entre las reuniones de las Juntas.

A partir del siglo XV, es notoria la decadencia de las Cortes en España. De ordinario, dependían demasiado de influencias regias tanto en sus reuniones, nada frecuentes y no sometidas a ninguna regla fija, como en su funcionamiento y libertad de acción. Sin embargo, durante todo ese tiempo, ninguna modificación sufrieron ni en su estructura (fuera de la ausencia del Clero y la Nobleza en Castilla) ni en su funcionamiento.[1]

En 1812 se implantó en España el régimen constitucional, introduciendo un cambio radical en la estructura de las Cortes, en el método de designar sus miembros, su funcionamiento y su competencia.[2]

Según la Constitución de Cádiz, las Cortes del Reino formaban una sola Cámara. Se nombraba un Diputado por cada 60.000 habitantes, por sufragio universal indirecto de tercer grado: Juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia.

Constituían las Juntas de parroquia todos los ciudadanos avecindados en el territorio de la misma, que nombraban 11 compromisarios, que, a su vez, designaban un elector parroquial por cada 200 vecinos. Los electores parroquiales del partido, en Junta electoral, nombraban al elector del mismo; y los electores del Partido, constituyendo la Junta electoral de la provincia, elegían directamente a los Diputados a Cortes por la provincia y a sus suplentes.

---

1 V. GARCÍA GALLO, con su abundante Bibliografía, *Curso de Historia del Derecho Español,* t. I, pp. 281 y 390 (Madrid 1946); y SALVADOR MINGUIJÓN: *Historia del Derecho español,* (3.ª Edición. Edit. Labor, 1943); DEMETRIO RAMOS: *Historia de las Cortes tradicionales de España,* Bibliografía, p. 315.

2 Sobre el cambio de régimen político en España, véase, FEDERICO SUÁREZ: *La crisis política del antiguo régimen de España* (1800-1840), Rialp, Madrid, 1950.

La Constitución gaditana fué la primera de la ya larga serie de Constituciones de tipo democrático liberal que, desde entonces, han regido a España. Hija, la de Cádiz, de ideas extranjeras que germinaron al otro lado de los Pirineos, "el régimen constitucional, nos dice A. Posada, se inicia en España en fecha fija, y en virtud de reformas expresas, provocadas por movimientos bruscos y violentos".

En este primer brote constitucional, sus defensores, por boca de Argüelles en el discurso preliminar, afirmaron que "*nada ofrece la Comisión en el proyecto, que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española.*"

"Salvada, comenta el señor Posada, la sinceridad del propósito restaurador", nada más contrario a la verdad. La flagrante oposición de las ideas políticas que inspiraron la Constitución gaditana y la tradición española resalta:

1) En su estructura externa, en el tono general de sus preceptos y en el procedimiento de reforma que se establece en el último título;

2) En la manera con que la Constitución de 1812 considera la soberanía nacional, concepto netamente rusoniano y ajeno a toda nuestra tradición científica;

3) En el engranaje y distinción de los poderes, copia de Montesquieu y desconocido entre nosotros;

4) En la organización de las Cortes, tradicionalmente formadas por brazos, e integradas, en la nueva era, por ciudadanos representantes de toda la nación, con un Diputado por cada 60.000 almas;

5) En el nuevo régimen local, uniforme y centralista;

6) En la posición del Rey, etc.

Desde 1812, al paso de las nuevas Constituciones que se fueron ensayando, fueron también modificándose la estructura de las Cortes y el "procedimiento para su formación". Después del paréntesis de 1820-1823, en que se puso en vigor de nuevo la Constitución gaditana, abrió la marcha el *Estatuto real* (1834). Carta otorgada.

La Reina Regente María Cristina, en nombre de su hija Isabel II, convocó las Cortes generales del Reino. Habían de estar compuestas de dos estamentos: 1) El de los *próceres*, cuyos miembros eran hereditarios (grandeza de España) y vitalicios nombrados por el Rey,

dentro de determinadas categorías; y 2) el de los *Procuradores*, elegidos por los ciudadanos por sufragio limitado censatario.

Al *Estatuto real* sustituyó la *Constitución de 1837*, transacción entre el Estatuto real y la Constitución gaditana. Fué Constitución impuesta que estableció Cortes *bicamerales:* el Congreso y el Senado. El *Congreso*, elegido por los ciudadanos por sufragio restringido (censo); y el *Senado* (el número de cuyos miembros no había de pasar de las tres quintas partes de los Diputados) de nombramiento real, a propuesta, en lista triple, de los electores que, en cada provincia, nombran a los Diputados.

En 1845, el partido moderado en el poder, redactó y aprobó una nueva Constitución *pactada*, de tipo doctrinario. Sus Cortes eran bicamerales: Una *Cámara Baja* (Congreso) de elección popular, con sufragio limitado (censo); y un *Senado compuesto de Senadores* de nombramiento real, designados, en número ilimitado, dentro de determinadas categorías.

En 1856, se discutió otra nueva Constitución, que no llegó a ser aprobada ni promulgada, ni, por lo mismo, entró en vigor.

El *órgano legislativo* lo formaban el *Congreso de Diputados* de elección popular directa por provincias, con sufragio limitado; y un Senado, también de elección popular indirecto. El número de Senadores era igual a las tres quintas partes de los Diputados, elegidos por el mismo método y por los mismos electores que los Diputados.

Tras *la caída de Isabel II* (septiembre de 1868), las Cortes constituyentes elegidas por sufragio universal directo (Ley de 9 de noviembre de 1868), aprobaron la Constitución de 1869, Constitución impuesta. La nueva Constitución creó Cortes bicamerales, con un *Congreso* de elección popular directa y universal, y un *Senado* elegido por sufragio universal indirecto. Cada Municipio elegía, de entre sus miembros, un número de compromisarios igual a la sexta parte de concejales. Los compromisarios, unidos a la Diputación provincial respectiva, formaban la Junta electoral para designar cuatro Senadores por provincia.

Con la renuncia de Amadeo de Saboya al trono de España, las dos Cámaras reunidas proclamaron la República, y las nuevas Cortes constituyentes redactaron la *Constitución de 1873* de tipo republicano federal, que no llegó a estar vigente. Dividida España en 16 regiones, mantuvieron los Constituyentes el sistema bicameral. Un *Congreso* compuesto de Diputados elegidos por sufragio universal directo; y un *Senado* compuesto por Senadores elegidos por las *Cortes* de las Regiones o Estados particulares: cuatro por cada región, cualquiera que fuese su población; mezquina imitación de la Constitución norteamericana.

La anarquía que trajo al país la primera República española, preparó el terreno a la restauración de Alfonso XII, que se apresuró con la sublevación de Martínez Campos, en Sagunto.

Las Cortes constituyentes redactaron y aprobaron la Constitución pactada de 1876, con un organismo legislativo bicameral. *El Congreso de los Diputados* había de estar compuesto de Diputados elegidos por sufragio popular, restringido al principio (Ley de 1878), y universal más tarde (Ley de 1889).

El Senado era de composición mixta. Estaba formado: 1) Por Senadores por derecho propio; 2) Senadores vitalicios de nombramiento real (dentro de determinadas categorías); y 3) de Senadores electivos por las Corporaciones del Estado y mayores contribuyentes. El número de Senadores por derecho propio y vitalicios no podría exceder de 180. Este número habría de ser el de Senadores electivos.

Con la *caída de Alfonso XIII* (abril de 1931) y arrastrada por un tumulto popular, vino la segunda República española. Las Cortes Constituyentes, reunidas en junio del mismo año, crearon un legislativo unicameral, formado por los ciudadanos elegidos por sufragio universal, directo y secreto.

La tiranía y anarquía republicano-socialista provocaron el levantamiento nacional de julio de 1936, que derrocó aquel régimen y va creando el nuevo Estado.

Un conciso y exacto retrato de lo que ha sido para España el régimen constitucional parlamentario, desde la Constitución de Cádiz hasta el Alzamiento Nacional (julio de 1936), puede verse en el discurso pronunciado por el Generalísimo Franco en la sesión inaugural de las Cortes españolas el 14 de mayo de 1946.[1]

2. Ley de la creación de las Cortes del 17 de julio de 1942. (Modificada por la de 9 de marzo de 1946). — La *Junta de defensa nacional,* creada en los albores mismos del Alzamiento Nacional (24 de julio de 1936), confirió por Decreto de 29 de septiembre de 1936, al general Francisco Franco Bahamonde, con la Jefatura, todos los poderes del Estado, entre ellos la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general; potestad confirmada, después, por las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939.

En virtud de esa potestad y lograda, después de superar los trastornos de una guerra civil, la pacificación del país, creyó

1 Págs. 8 y 9 de la edición publicada en Bilbao. Urigüen-Dochao, 1946.

el Jefe del Estado había llegado el momento de que las representaciones de los elementos constituyentes de la comunidad nacional interviniesen en la formación del régimen jurídico de la nación. En consecuencia, la Jefatura del Estado dictó la ley de Creación de las Cortes españolas de 17 de julio de 1942.

Hace constar en el Preámbulo que, continuando en la Jefatura del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general (en los términos de las leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939), el "órgano que se crea significará, a la vez que colaboración en aquella función, principio de autolimitación para una institución más sistemática del Poder".

Esto supuesto, dispone el art. 1.º que las Cortes son el órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado. Su misión principal ha de ser la preparación y elaboración de las leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado (art. 1.º).

El nuevo órgano legislativo que se crea es unicameral y de tipo corporativo. De tipo social o corporativo, porque los Procuradores a Cortes no se eligen por el método clásico liberal, uno por determinado número de habitantes, considerando a la nación como una reunión amorfa de ciudadanos; sino a base de la sociedad formada por entidades naturales: Municipios, provincias, asociaciones profesionales, culturales, sindicatos de productores, etc., cada una de las cuales designa un número adecuado de representantes.

Se dicta, pues, la ley por las Cortes con la sanción del Jefe del Estado; sanción que, a tenor del artículo 17, consiste en la facultad de devolver las Leyes a las Cortes para nuevo estudio. Facultad sobre cuyo uso establece el art. 3.º de la Ley de sucesión en la Jefatura del Estado, que "el Jefe del Estado oirá preceptivamente al Consejo del Reino en los casos siguientes: 1.º Devolución de las Cortes para nuevo estudio de una Ley por ellos elaborada...

3. Carácter de las nuevas Cortes. — Tratando de precisar el carácter que presentan las nuevas Cortes españolas, diremos, en primer lugar:

1) *Que son unicamerales:* Todos los representantes de la nación se reúnen en una sola Cámara o cuerpo, que entre nos-

otros se designa tradicionalmente con el nombre de *Cortes*. Nuestra preferencia por el unicameralismo sobre el bicameralismo, en un Estado unitario, quedó suficientemente asentada y discutida en la parte general de este libro III, Sec. II, Cap. III.

2) En las nuevas Cortes se pretende que estén representados todos los intereses y valores nacionales — económicos, morales, culturales, administrativos, naturales — en una medida proporcional a su realidad nacional y a su valor intrínseco.

3) En consecuencia, se levanta la representación sobre el supuesto de un concepto orgánico de la sociedad.

El ideario que preside la formación y el contenido de las Cortes españolas es el mismo propuesto por Oliveira Salazar, en el discurso de 28 de mayo de 1928, cuando exponía los fundamentos del nuevo orden de cosas que trataba de establecer en su país. "El liberalismo político del siglo XIX, decía, creó el "*ciudadano*", individuo desintegrado de la familia, de la clase, de la profesión, del medio cultural, de la agremiación económica, y le otorgó, para que lo ejerciera facultativamente, el derecho de intervenir en la Constitución del Estado".

"Si examinamos bien las cosas, nos hallamos al frente de una abstracción — concepto erróneo e insuficiente —; por lo cual, sólo si caminamos en el sentido de los grupos naturales necesarios a la vida individual y con los cuales se integra realmente la sociedad política, llegaremos a encontrar con seguridad el punto de apoyo que buscamos".

Como elementos integrantes de la sociedad política y que reclaman legítimamente una representación en los órganos directores de la nación, enumera Oliveira Salazar, la familia, las corporaciones morales y económicas, los cuerpos administrativos, locales y regionales.

"En resumen, concluye, se pretende construir el Estado social y corporativo en estrecha correlación con la constitución natural de la sociedad. Las familias, las parroquias, los municipios, las corporaciones donde se agrupan todos los ciudadanos, con sus libertades jurídicas fundamentales, con los organismos competentes de la nación, y deben tener, como tales, intervención directa en la constitución de los cuerpos supremos del Estado. He aquí una expresión, más fiel que cualquier otra, del sistema representativo".[1]

Prescindamos de la unicameralidad a la que hemos aludido

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: *El Pensamiento de la Revolución Nacional*, páginas 102 y ss., Edic. Poblet, Buenos Aires, 1938.

en líneas anteriores. La nueva estructura que la Ley de 17 de julio de 1942 da al órgano legislativo español, puede ser estudiada desde dos puntos de vista:

1) En sus líneas generales, en las bases escogidas para la nueva representación; ó 2) en el procedimiento práctico, para dar realidad a la nueva manera de concebir la representación.

En cuanto a la realización práctica, no en vano el Reglamento de las Cortes se califica de *provisional.* Adjetivo que entraña la confesada imperfección de la obra, en sus comienzos, y la conveniencia y, si se quiere, la necesidad de sucesivas reformas que la vayan perfeccionando.

Pero, desde el primer punto de vista, de las bases escogidas como cimientos sobre los que descansa la representación y que suponen el abandono del sistema liberal individualista de reclutamiento, parece mucho más aceptable el sistema adoptado ahora sobre el tradicional liberal.

La realidad social de la vida nacional que se toma como base es más verdadera, más espontánea, más completa. Porque la realidad social es ésa: la que aparece dispersa en familias, en municipios y regiones; la que vive en las diversas profesiones y en las asociaciones de cultura, en los sentimientos religiosos y morales. Desarticular a la sociedad de su natural organización, y agruparla artificialmente en montones de ciudadanos sin más unidad que la papeleta que llevan a la urna, igual en todos, sin tomar en cuenta las distintas condiciones personales de cultura, rectitud, experiencia; parece una postura, además de artificial, injusta y perjudicial al bien común, fin supremo de toda actividad política.

Uno de los defectos nativos e incorregibles del liberalismo político radica en la forma de selección de los representantes que se realiza de entre la masa amorfa de ciudadanos, por sufragio universal, igualitario y en lucha encarnizada de partidos. Porque el juego democrático de partidos, con todas las artes — no todas lícitas — a que se presta, tiende a alejar de la representación nacional a verdaderos valores y fuerzas que en realidad existen en el país y quizá de eximia calidad. El partido, y el elector político, se esfuerzan en excluir de la representación nacional al *enemigo,* por enemigo político, y no por sus cualidades personales, y quizá, a veces, por la excelencia de esas cualidades. Se trata de destruir las fuerzas vitales del adversario, y de esta

manera el grupo de la mayoría y, con demasiada frecuencia, una minoría, consigue excluir de las Cámaras y del Gobierno del país los que mejor habían de vigilar y laborar por su bienestar y prosperidad. Y así se forja una representación ficticia, incompleta y no de la mejor calidad.

Mucho más razonable parece el sistema de conceder parte en la representación nacional y en proporción equitativa, a todas las *profesiones y organismos* que se han formado en la sociedad espontáneamente, fuera de las luchas partidistas. Y que dentro de los grupos naturales y profesionales se haga la selección, que ha de representar al país, no sólo por elección, sino por la llamada *representación institucional*, por la prestancia destacada en la vida profesional, y que los mismos miembros de la profesión han señalado. Finalmente, la lucha partidista por el poder consagra una guerra civil endémica, no por incruenta de consecuencias menos funestas para la nación.

Por eso, las nuevas Cortes se apartan del tipo parlamentario, como el francés, y se acercan al presidencialista de los Estados Unidos. Es decir, que el nuevo sistema trata de evitar que el órgano legislativo, desviándose de su primordial finalidad, de la elaboración de las leyes, degenere en la innoble tarea de derribar, hostigar o sostener Ministerios, y se convierta en palenque de lucha entre partidos y grupos por la posesión del poder. Buenas lecciones de anarquía ministerial nos dejaron los reinados de Isabel II (1833-1868) con sus 41 Gobiernos en 35 años; el de Don Alfonso XIII que desde su coronación (1902 hasta 1931), en sus primeros 28 años, cambió de Gobierno 29 veces, y la segunda República que desde abril de 1931 hasta julio de 1936 consumió doce Gobiernos.

4. Los Procuradores. Condiciones para ser designado. Incompatibilidades. — Para ser Procurador en Cortes se requiere: 1) ser español y mayor de edad, y 2) estar en pleno uso de los derechos civiles y no sufrir inhabilitación política (art. 3.º).

Los Procuradores, por la manera de su designación, pueden ser natos o elegidos o de designación del Jefe del Estado.

SON PROCURADORES NATOS: 1) Los Ministros; 2) los Consejeros nacionales; 3) los Presidentes del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Supremo de Justicia militar; 4) los Alcaldes de las 50 capitales de provincia, y

los de Ceuta y Melilla; 5) los Rectores de las Universidades; 6) los Presidentes del Instituto de España, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y del Instituto de Ingenieros civiles.

SON PROCURADORES ELEGIDOS: 1) Los representantes de los sindicatos nacionales en número no superior a la tercera parte del total de Procuradores; 2) un representante por los Municipios de cada provincia, elegido por los propios Municipios entre sus miembros; y un representante por cada Diputación provincial y Mancomunidades interinsulares de Canarias, elegido entre sus miembros por las Corporaciones; 3) dos representantes de las Reales Academias, y otros dos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, elegidos entre sus miembros; 4) un representante de las Asociaciones de Ingenieros civiles; dos representantes de los Colegios de abogados, y de los Colegio de médicos; y un representante de los Colegios de Farmacéuticos, de Veterinarios, de Arquitectos, de Licenciados y Doctores en ciencias y letras; de los Colegios Notariales, del Colegio Nacional de Registradores, de los Colegios de Procuradores de los Tribunales. Elegidos todos por las Directivas de los respectivos Colegios oficiales. Finalmente, tres representantes de las Cámaras Oficiales de Comercio, elegidos también por las Directivas de las Cámaras de Comercio.

Forman el TERCER GRUPO DE PROCURADORES aquellas personas que, por su jerarquía eclesiástica, militar, administrativa o social o por sus relevantes servicios a España, designe el Jefe del Estado, en número no superior a 50 (art. 2.º).

Los Procuradores en Cortes, que lo fuesen por razón del cargo que desempeñan, perderán aquella condición al cesar en éste. Los designados por el Jefe del Estado la perderán por revocación del mismo.

Los demás Procuradores lo serán por tres años, siendo susceptibles de reelección; pero si, durante estos tres años, un representante de Diputación, Municipio o corporación cesase como elemento constitutivo de los mismos, cesará también en su cargo de Procurador (art. 62).

5. Modos de designación. — Omitidos los Procuradores natos, por razón del cargo, y los nombrados por el Jefe del Estado,

para mayor claridad distinguiremos cuatro grupos de Procuradores electivos: *a*) Los elegidos por los sindicatos; *b*) Los designados por las corporaciones locales; *c*) Los nombrados por las asociaciones culturales, y *d*) Los de las profesiones liberales.

a) LOS PROCURADORES SINDICALES.[1] Algunos lo son por *razón* del cargo sindical que ocupan. Tales son:

1) El Vicesecretario de obras sindicales de F.E.T. y de las J.O.N.S.

2) El Delegado Nacional y Secretario general de Sindicatos.

3) Los Vicesecretarios de ordenación social, ordenación económica y obras sindicales.

4) El Inspector Nacional de Sindicatos.

5) Los jefes de las obras sindicales de Educación y Descanso, Hogar 18 de Julio, Colonización, Artesanía, Cooperación, Formación profesional y Previsión social.

6) El jefe y dos miembros de la Sección de ordenación social y corporativa del Instituto de estudios políticos.

7) El jefe del servicio sindical de estadística y colocación.

8) Los jefes de Sindicatos Nacionales.

b) LOS PROCURADORES SINDICALES ELEGIDOS. — Lo son por las Juntas Sindicales de los Sindicatos Nacionales. Uno por los empresarios; otro por los técnicos; otro por los obreros.

Proclama los candidatos la *Junta Nacional de elecciones sindicales.* La forman el Delegado Nacional de Sindicatos como Presidente y dos Vicepresidentes, los Vicesecretarios nacionales de ordenación social y económica, más 10 vocales designados entre varias jerarquías sindicales. — La proclamación se hace a base de las propuestas formuladas por las secciones económicas y sociales.

Las *económicas,* previa autovotación directa y secreta proponen una terna para Procuradores en representación de los empresarios. Las *sociales* otras ternas en representación de técnicos y obreros.

Forman el cuerpo electoral para designar a los tres Procura-

---

1 Decreto de la Jefatura del Estado de 14 de octubre de 1942 (B. O. del Estado, 16 de octubre de 1942) y decreto de la Presidencia del Gobierno de 11 de febrero de 1946.

dores, los miembros de las Secciones económicas y sociales de cada Sindicato, reunidos en un número igual de vocales cada una de ellas.

c) *Finalmente,* para cubrir los demás puestos que la ley atribuye a la representación sindical, se convoca a una asamblea extraordinaria constituída por los que resulten elegidos según el párrafo anterior (por la Junta Sindical de los Sindicatos Nacionales) y los que, en razón de su función sindical, les corresponde ser Procuradores en Cortes (Dec. 11 febrero 1946. Bol. Of. dis. 15, p. 1.226 — Decreto 29 enero 49 — B. O. 11 febrero, página 704).

PROCURADORES REPRESENTANTES DE LAS CORPORACIONES LOCALES. AYUNTAMIENTOS. — Decreto del 15 de marzo de 1946, Decreto de 25 de febrero de 1949 y B. O. de 8 de marzo de 1949. Son designados, por elección de 2.º grado, por los compromisarios, que, al efecto, nombran las respectivas Corporaciones municipales. Sólo son elegibles los miembros, en ejercicio, de dichas corporaciones.

La elección de los compromisarios tiene lugar, en cada Ayuntamiento, en sesión extraordinaria entre sus componentes, en votación secreta, por papeleta y mayoría absoluta o relativa, resolviendo los empates la mayor jerarquía administrativa dentro de la corporación, la mayor antigüedad en el cargo o la mayor edad.

Reunidos los compromisarios de los Ayuntamientos en el salón de actos de la Diputación provincial correspondiente, proceden a la elección del Procurador ante la Mesa formada por el Presidente de la Audiencia, como Presidente, y el Presidente de la Diputación y el Alcalde de la capital como vocales, actuando de Secretario el que lo fuera de la Junta Provincial del Censo.

La votación y la resolución de los empates es idéntica a la señalada en líneas anteriores.

PROCURADORES REPRESENTANTES DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES. — (Decreto de 22 de marzo de 1946). Son elegibles y electores los miembros de las Diputaciones provinciales o Mancomunidades interinsulares de Canarias que se hallen en el ejercicio legal de sus cargos en la fecha de la elección.

La elección se verifica en sesión extraordinaria de cada

Diputación, secretamente y por papeletas, siendo proclamado Procurador el que alcanzase mayoría absoluta, y si fallara esta mayoría, la relativa entre los dos que hubieren obtenido mayor número de sufragios. Los empates se resuelven en la forma antes expuesta.

PROCURADORES REPRESENTANTES DE LAS REALES ACADEMIAS Y DEL CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS. — (Decreto de 20 de marzo de 1946). Las Reales Academias integradas en el Instituto de España, cada una en especial y aplicando el régimen corporativo establecido por sus Estatutos, elegirá un Compromisario. Estos compromisarios, citados previamente por el Presidente del Instituto de España, en sesión especial celebrada ante la Mesa del mismo, elegirán en la forma ya descrita a los dos Procuradores que les corresponde según la ley de creación de las Cortes.

En forma similar, son designados los dos Procuradores que corresponden a los Patronatos que constituyan el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Tiene lugar la elección ante la Comisión permanente del Consejo.

PROCURADORES REPRESENTANTES DE LAS PROFESIONES LIBERALES. — (Decreto de 22 de marzo de 1946). Ingenieros civiles, Abogados, Médicos, Farmacéuticos, Veterinarios, Arquitectos, Notarios, Registradores de la Propiedad, Procuradores de los Tribunales, Cámaras de Comercio, etc.

Los Procuradores representantes de las profesiones liberales son elegidos por las directivas de dichas corporaciones, en votación secreta por papeletas, mayoría absoluta o relativa, etcétera. Pero varía el trámite según que la profesión tenga órganos directivos sólo en la capital de la nación, o tenga también organismos provinciales.

En el primer caso (es el caso del Cuerpo de Registradores de la Propiedad) la Junta Directiva de su colegio nacional, en sesión extraordinaria y en la forma ya descrita, elige a su representante en Cortes.

En el segundo caso, como ocurre con los Colegios de Abogados, ha de preceder, en cada provincia, la elección de un compromisario por la Junta de gobierno correspondiente. Reunidos todos los compromisarios en Madrid, en la Sala de Juntas del

Consejo general de los ilustres colegios de Abogados, ante la Mesa integrada por el Presidente del Consejo general, los dos compromisarios concurrentes de mayor edad y el Secretario del Consejo general, tiene lugar, en la forma acostumbrada, la elección de los dos Procuradores.

INCOMPATIBILIDADES. — Dejamos expuesto en páginas anteriores (V. Lib. III, Sec. 2.ª Cap. 6.º) el concepto y fundamento de las incompatibilidades. Nuestras Constituciones, en general, admitían el principio de las incompatibilidades, dejando a leyes ordinarias la tarea de señalar los casos en que se incurría en ellas. "La Ley determinará, decía la Constitución de 1876, con qué clase de funciones es compatible el cargo de Diputado y los casos de reelección" (art. 29).

Casi en la misma forma se expresaba el art. 54 de la Constitución de 1931.

La Ley anunciada por la Constitución de 1876 fué la de 7 de marzo de 1877, modificada por disposiciones posteriores. — La promulgada en la época republicana es de 7 de diciembre de 1934, modificada por la de 3 de julio de 1936.

A juzgar por la ley de creación de las Cortes y por el Reglamento provisional de las mismas, el nuevo Estado no admite la existencia de incompatibilidades.

5. Convocatoria de las Cortes. Verificación de poderes. — Corresponde al Presidente de las Cortes el convocarlas en sesión plenaria (art. 53 Regl.).

Y lo hará, obligatoriamente, cuando el Gobierno lo estime conveniente y cuando lo requiera el conocimiento de los actos y leyes especificados en el art. 10 de la Ley de creación de Cortes y que señalaremos en el Capítulo siguiente.

La convocatoria se publicará en el Boletín Oficial de las Cortes y en el del Estado. Corresponde también al Presidente de las Cortes convocar y presidir, además de las sesiones plenarias, la Comisión permanente y la especial que establece el art. 12 de la Ley de creación de las Cortes (art. 11 Regl.)

La convocatoria de las Comisiones corresponde al Presidente de cada una de ellas, pero de acuerdo con el de las Cortes (art. 23 Regl.)

Los Procuradores en Cortes acreditarán, ante el Presidente

de las mismas, la elección, designación o cargo que les dé derecho a tal investidura (art. 4 - Ley de creación de las Cortes). A este efecto, las organizaciones que tienen derecho a elegir Procuradores en Cortes, una vez realizada la designación, remitirán al Presidente de las Cortes certificado del acto celebrado y de la persona en la que ha recaído el nombramiento o la designación. Este certificado dará fe de la calidad de Procurador que quedará acreditada por la publicación de sus nombres en el *Boletín Oficial del Estado*. El Presidente les tomará el juramento y les dará posesión del cargo. (Decretos de marzo de 1946 y arts. 1, 2, 3 y 4 del Regl.)

6. Prerrogativas de los Procuradores:[1] INVIOLABILIDAD. — De la *inviolabilidad*, es decir, de la irresponsabilidad de los Procuradores por la exposición de sus opiniones y la emisión de sus votos, declara el art. 6.º del Reglamento de nuestras Cortes, que: "Los Procuradores en Cortes podrán expresar libremente su opinión en sus intervenciones, sujetándose a la autoridad del Presidente, a la del de su Comisión respectiva y a los términos del Reglamento" (art. 6.º).

Del sentido obvio de las palabras se desprende que nuestros Procuradores gozan de una irresponsabilidad, no absoluta, sino relativa, o, por mejor decir, limitada por dos conceptos: por las opiniones y votos emitidos, y por el sitio en que se emiten. Es decir, irresponsabilidad local y funcional. Porque la frase "expresar su opinión en sus intervenciones", entendida en su sentido natural, supone al Procurador actuando como tal en el edificio o local de las Cortes y en el ejercicio de sus funciones propias.

Sin embargo, podría tacharse la frase de algún tanto imprecisa. La experiencia de nuestras sesiones parlamentarias, nos ha mostrado a algunos Diputados que se escudaban en su inviolabilidad, para insultar y calumniar a personas y entidades respetabilísimas y utilizaban sus escaños como tribuna para propagandas que entraban de lleno en el campo vedado del Código penal. Sin duda, por esa causa, la Constitución vigente portuguesa, bajando a aplicaciones más prácticas, precisa que "la inviolabilidad por sus opiniones y votos no exime a los miembros de la Asamblea Nacional de la responsabilidad civil y criminal por difamación, calumnia e injuria, ultraje a la moral pública o provocación pública al crimen" (art. 89, pár. 12).

---

1 V. supra, lib. III, sec. 2.ª, cap. VI.

Por la misma razón, son responsables los Procuradores, como los demás ciudadanos, de los actos realizados fuera de las Cortes, y lo son también de cuanto digan y hagan en ellas, si no se refiriesen al ejercicio de sus funciones.

INMUNIDAD. — Los arts. 7.º y 8.º del "Reglamento provisional de las Cortes españolas" (5 enero 1943) determinan que "los Procuradores en Cortes no podrán ser detenidos sin previa autorización de su Presidente, salvo en el caso de *flagrante delito*. La detención, en este caso, será comunicada al Presidente, en el término de 24 horas".

"No podrá dictarse auto de procesamiento contra un Procurador, sin la previa autorización del Presidente de las Cortes; a cuyo efecto se le dirigirá el correspondiente suplicatorio. Recibido el suplicatorio, el Presidente de las Cortes, oída la Comisión permanente, resolverá dentro de los 10 días siguientes. En las causas contra los Procuradores en Cortes, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de 9 febrero 1912. Cuando se trate de hechos enjuiciables por alguna jurisdicción especial, conservará ésta su competencia, que habrá de ser ejercida por su órgano supremo".

La Ley de 9 febrero de 1912[1] a que alude el art. 8.º del Reglamento de las Cortes extiende su jurisdicción a Procuradores, aunque sólo tengan el carácter de electos, y aun a los procesados anteriormente, si después son elegidos, y a los cogidos *in fraganti*, si se trata de delitos que lleven consigo *pena aflictiva*. La letra de los artículos del Reglamento no parece que autoriza ese ensanchamiento y limitación de jurisdicción.

Según la Ley, corresponde sustanciar el proceso al Tribunal Supremo de Justicia o al Tribunal Supremo de Justicia Militar. En este último caso, sólo cuando concurran las circunstancias siguientes:

1) Que los Procuradores inculpados fuesen militares o marinos no retirados.

2) Que el hecho por el cual haya de perseguírseles esté comprendido en las leyes penales del ejército y de la armada;

3) Que el procedimiento no se dirija, además, contra otros Procuradores, ni sobre otros hechos respecto de los cuales tenga competencia la jurisdicción ordinaria.

---

1 La Ley habla naturalmente de Senadores y Diputados.

Obsérvese que el art. VIII del Reglamento dice: "Cuando se trate de hechos enjuiciables por alguna *jurisdicción especial,* conservará ésta su competencia, que habrá de ser ejercida por su órgano supremo. "Para la Ley, sin embargo, no hay otra jurisdicción especial que la militar".

Corresponde pedir el *suplicatorio* al Tribunal Supremo de Justicia o al Tribunal Supremo de Justicia Militar. Por lo tanto, incoado un Sumario por un juez de Instrucción o por un Juzgado instructor de Justicia Militar, tan pronto fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente, se han de remitir las diligencias al Tribunal Supremo correspondiente. El suplicatorio dirigido al Presidente de las Cortes irá acompañado del testimonio de las actuaciones que estimen necesarias y del dictamen fiscal, si lo hubiese. Mientras tanto, se suspenden todas las diligencias.

Recibido el suplicatorio, el Presidente de las Cortes, oída la Comisión permanente, resolverá dentro de los 10 días siguientes. Denegado el suplicatorio, el Tribunal requirente dispondrá el sobreseimiento libre del Procurador. Concedida la autorización, continuará el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme.

La Ley española que regula la jurisdicción y modo de proceder contra los Procuradores (Diputados y Senadores), por la viciosa interpretación, degeneró, en los últimos tiempos de la Monarquía y durante la República, en carta de impunidad. Y ello por dos capítulos principales:

1) Porque las Cámaras, sobre todo la Baja, denegaba *sistemáticamente* el suplicatorio.

2) Por la facilidad o el cinismo con que algunos miembros del Parlamento, seguros como estaban de su impunidad, se declaraban autores y se hacían responsables de infracciones y delitos ajenos (sobre todo de imprenta). Con lo que el manto de la impunidad se extendió a los amigos, correligionarios, etc., de los miembros del Parlamento, autores y guardadores de oficio de la Ley que descaradamente vulneraban.

RETRIBUCIÓN DE LOS PROCURADORES. — La Constitución de Cádiz en su art. 102, establecía: "Para la indemnización de los Diputados se les asistirá, por sus respectivas provincias, con las dietas que las Cortes, en el segundo año de cada Diputación general, señalaren para la Diputación que le ha de suceder".

Pero las Leyes electorales posteriores siguieron la tendencia opuesta y consideraron la representación parlamentaria como cargo gratuito y honorífico; tendencia aceptada por la Ley electoral de 1907: "El cargo de Diputado es voluntario y gratuito" (art. 8.º). Gozaban, sin embargo, los Diputados españoles de algunos privilegios económicos, como el billete de libre circulación en los ferrocarriles y de la franquicia postal, privilegio este último del que se abusaba escandalosamente.[1]

Pero, por acuerdo de noviembre de 1920, se suprimió, en absoluto, la franquicia postal, y se señaló una pensión o indemnización para los miembros de la Cámara Baja de 500 pesetas al mes, que, en la sesión de 21 de julio de 1922, se elevó a 1.000 pesetas.

Finalmente, el art. 9.º del Reglamento de las Cortes (5 de enero de 1943) estableció que "los Procuradores tendrán derecho a la gratificación irrenunciable e irretenible de 1.000 pesetas mensuales. Percibirán, asimismo, los que tengan su residencia fuera de Madrid, 50 pesetas por cada sesión a la que fueron convocados y asistieren, ya sea del pleno o de las Comisiones, y gozarán todos de pase de libre circulación en los ferrocarriles de España".

Los Procuradores de Baleares, Melilla y Ceuta disfrutarán, además, de pasaje en las líneas marítimas regulares de comunicación con la Península. Los de Canarias podrán solicitar del Presidente de las Cortes pasaporte oficial en la línea aérea correspondiente con cargo al presupuesto de las Cortes. (Artículo 9).

7. Deberes de los Procuradores. — Los Procuradores tendrán el deber de asistir a las sesiones del pleno y de las Comisiones a que fueren convocados. La falta de asistencia injustificada a cinco sesiones del pleno o a diez de las Comisiones, significará la renuncia al cargo de Procurador en Cortes, y la Presidencia lo comunicará al Jefe del Estado para la provisión, en su caso, de la vacante (art. 5.º Regl.)

---

1 Tan escandalosamente, que se decía que en Madrid, p. ej., sólo utilizaban los sellos de correo los santos y los tontos; tan a disposición de todos los ciudadanos ponían los miembros del Parlamento los tiembres de franquicia de ambas Cámaras y de los Ministerios.

"Cada Procurador deberá comunicar, por oficio, al Presidente de las Cortes el lugar de su residencia habitual y la que, a efectos de las notificaciones, señale en Madrid" (art. 9.º Regl.)

Finalmente, en los actos de las votaciones "todo Procurador tendrá obligación de votar y ninguno de ellos podrá salir del salón hasta que se haya hecho el recuento de votos" (art. 56 Regl.)

CAPÍTULO OCTAVO

La función legislativa en España

(Continuación)

SUMARIO: 1. Procedimiento de las Cortes. La Mesa: Su designación y facultades. — 2. Estructura interna de las Cortes. Las Comisiones. — 3. Iniciativa de las leyes: a quiénes corresponde. — 4. Estudio y discusión de la ley. 5. El pleno de las Cortes. — 6. Sanción del Jefe del Estado. — 7. Procedimiento económico. — 8. Función fiscalizadora. Preguntas.

1. Procedimiento de las Cortes. La Mesa: Su designación y facultades. — La primera disposición adicional de la Ley de creación de las Cortes del 17 de julio de 1942 dispone que las Cortes, de acuerdo con el Gobierno, redactarán su Reglamento. En efecto, por ley de 7 de enero de 1943 fué aprobado, por la Jefatura de Estado, el Reglamento provisional de las Cortes Españolas, aún vigente.

La Mesa de las Cortes españolas está constituída por un Presidente, dos Vicepresidentes y cuatro Secretarios. Y, para la más eficaz y ordenada realización de sus tareas legislativas, se sigue en ellos el sistema de las Comisiones. El art. 16 del Reglamento constituye ya catorce Comisiones con carácter permanente, sin perjuicio de las especiales que puede crear el Presidente, de acuerdo con el Gobierno, cuando las estime necesarias.

El Presidente, los dos Vicepresidentes y los cuatro Secretarios de las Cortes se nombran por Decreto del Jefe del Estado (art. 7.º Ley de creación de las Cortes).

El Presidente, antes de comenzar a ejercer sus funciones, prestará juramento ante el Jefe del Estado (art. 1.º Regl.) Sólo el Presidente puede asumir la representación de las Cortes. *Los Vicepresidentes* sustituirán, por su orden, al Presidente por motivo de ausencia o enfermedad y tendrán, en su caso, las mismas atribuciones que aquél (arts. 13 y 14 Regl.)

Son múltiples las facultades del Presidente que el Reglamento detalla en el art. 11. Pueden reducirse a los siguientes apartados:

1) Tomar juramento, dar posesión a los Procuradores y expedir sus títulos; cumplir y hacer cumplir el Reglamento, interpretarlo; mantener, con autoridad suprema, dentro del palacio de las Cortes, el orden; resolver las dudas y diferencias, etc.

2) Nombrar los Presidentes de las Comisiones, y, de acuerdo con el Gobierno, fijar y nombrar las diversas clases de Comisiones; fijar, de acuerdo también con el Gobierno, el orden del día del pleno y de las Comisiones; convocar y presidir las sesiones plenarias; remitir a las Comisiones los proyectos de ley enviados por el Gobierno, etc.

3) Conceder o denegar la *autorización* para la detención y procesamiento de los Procuradores, oída la Comisión permanente.

4) Declarar los acuerdos de las Cortes; ordenar la publicación, en el *Boletín Oficial de las Cortes,* de los proyectos de ley que el Gobierno le envíe, como también de las proposiciones de ley tomadas en consideración.

5) Reducir o ampliar los plazos señalados para la tramitación de los proyectos y proposiciones de ley, cuando la urgencia o extensión de los proyectos así lo requieran; abrir, suspender y levantar las sesiones plenarias; suspender, de acuerdo con el Gobierno, las sesiones y trabajos de las Cortes, etc. (art. 11 Regl.).

Corresponde a los Secretarios: a) Redactar y autorizar, con el visto bueno del Presidente, las actas de las sesiones plenarias; *b)* Tramitar las comunicaciones y documentos que se dirijan a las Cortes, dando cuenta en su caso al Presidente; *c)* Cumplir las decisiones presidenciales, dando curso a las *Secciones* o al pleno de las Cortes, respectivamente, de las comunicaciones, expedientes y cuantos asuntos le competan; *d)* Anunciar el resultado de las votaciones; *e)* Dirigir la Secretaría Archivo y Redacción del *Boletín Oficial de las Cortes; f)* Autorizar los documentos y comunicaciones que se expidan por la Secretaría (art. 15 Regl.).

2. Estructura interna de las Cortes. Las Comisiones. — Como hemos indicado antes, las Cortes en su estructura y para su funcionamiento, adoptan el sistema de las Comisiones.

Presididos por la Mesa, nombrada por el Jefe del Estado, las Cortes, como dice el art. VIII de la Ley creadora, funcionan en pleno y por Comisiones. Las Comisiones las fija y nombra el Presidente de las Cortes, de acuerdo con el Gobierno.

Hay varias clases de Comisiones:

a) *Comisiones permanentes,* que señala el art. 16 del Reglamento.

b) *Comisiones especiales,* que, a tenor del mismo artículo, el Presidente, de acuerdo con el Gobierno, puede crear, cuando las estime necesarias.

c) Otras *Comisiones especiales* a que alude el párrafo 2.º del art. 15 de la Ley de creación de las Cortes. "Las Comisiones legislativas, se dice allí, podrán recibir del Presidente de las Cortes otros cometidos, tales como realizar estudios, practicar informaciones, formular peticiones o propuestas. Podrán constituirse, para estos fines, en *Comisiones especiales, distintas de las legislativas.*"

Las Comisiones establecidas por el art. 16 (Regl.) corresponden, por lo general, a los Ministerios.[1]

Son las siguientes:

1. Comisión permanente.
2. La especial a que se refiere el art. 12 de la Ley.
3. Leyes fundamentales.
4. Tratados.
5. Gobernación.
6. Justicia.
7. Defensa Nacional.
8. Hacienda.
9. Presupuestos.
10. Educación Nacional.
11. Industria y Comercio.
12. Obras Públicas.
13. Agricultura.
14. Trabajo.

A éstas se añaden, en el mismo artículo, otras dos: la de *Gobierno interior* y *Corrección de estilo.*

Las Comisiones establecidas por el artículo 16 estarán integradas por los Procuradores que nombre el Presidente, de acuerdo con el Gobierno; y cada Comisión tendrá un Presidente, nombrado por el de las Cortes, de acuerdo con el Gobierno, y un Secretario designado por su Presidente (arts. 21 y 22).

Sin embargo, la *Comisión de corrección de estilo* estará integrada por 5 Profesores y presidida por el Secretario primero. La de *Gobierno interior* por el Presidente, los Vicepresidentes y los Secretarios.

---

1 El Decreto-Ley de 19 de julio de 1951 que ha reorganizado el Ministerio y creado nuevos Departamentos, modificará naturalmente el Reglamento de las Cortes, desglosando o creando nuevas Comisiones.

La *Comisión permanente* está formada por dos miembros del Gobierno, dos de la Junta Política, dos del Consejo Nacional, dos Procuradores de Sindicatos, uno de Ayuntamientos y uno de nombramiento directo, el Presidente del Tribunal Supremo, el del Consejo de Estado y un Secretario de las Cortes (art. 18 Regl.)

Por el número y carácter de los componentes de esta Comisión se trasluce la importancia de la misma: importancia que resalta, aún más, por la competencia que se le asigna. Porque corresponde a la *Comisión permanente* (art. 19 Regl.):

a) Conocer y dictaminar, previamente, sobre la toma en consideración de las proposiciones de ley que se presenten de acuerdo con el art. 15 de la Ley (párrafo 1.º).[1]

b) Proponer al Gobierno, por el conducto del Presidente de las Cortes, la separación reglamentaria de los Procuradores, por motivos de indignidad, aunque no hayan sido sancionados por las leyes penales.

c) Informar, previa audiencia del inculpado, sobre la concesión o denegación de los suplicatorios para el procesamiento de los Procuradores.

d) Asistir al Presidente de las Cortes en el despacho de los asuntos de urgencia, durante los períodos de vacaciones.

e) Informar, a requerimiento del Presidente de las Cortes, sobre la devolución a la Comisión del dictamen emitido por ésta, para su ampliación, aclaración o mejor estudio.

El mismo art. 16 del Reglamento, en su apartado 2.º señala *la Comisión especial a que se refiere el art. 12* de la Ley (de creación de las Cortes).

El citado art. 12 crea una Comisión compuesta por el Presidente de las Cortes, un Ministro designado por el Gobierno, un miembro de la Junta Política, un Procurador en Cortes, con título de Letrado, el Presidente del Consejo de Estado y el del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, el art. 10 de la Ley española señala y enumera las materias sobre las cuales han de conocer las Cortes en

---

1 El art. 15 de la Ley prescribe que, "además del examen y elevación del proyecto de ley del Gobierno, las Comisiones legislativas podrán someter proposiciones de ley al Presidente de las Cortes, a quien corresponde, de acuerdo con el Gobierno, su inclusión en el orden del día".

pleno. Y esta *Comisión especial* (art. 12) tiene por misión dictaminar sobre si las disposiciones no incluídas en el art. 10 han de revestir, sin embargo, forma de ley; bien porque así se establezca en alguna posterior a la presente, o bien porque se dictamine en dicho sentido por esa Comisión especial.

3. La iniciativa de las leyes: a quiénes corresponde. — La iniciativa de las leyes corresponde:

a) *Al Gobierno,* que la ejerce entregando el *proyecto de ley* al Presidente de las Cortes, quien ordenará inmediatamente su publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes* y su paso a la Comisión correspondiente.

b) *A los Procuradores,* que presentarán sus *proposiciones de ley* (que han de ir firmadas al menos por 50 Procuradores, art. 49 Regl.), a través de las Comisiones legislativas (art. 19 Ley), al Presidente de las Cortes. Hecha la presentación a la Mesa, ésta la remitirá a la *Comisión* permanente que decidirá sobre la toma en consideración. Las proposiciones tomadas en consideración se elevan al Gobierno para que el Presidente de las Cortes, de acuerdo con éste, las incluya en el orden del día, y las pase a la Comisión correspondiente. Desde entonces, la marcha de la proposición se ajustará a los mismos trámites y plazos de los proyectos de ley (arts. 49 y ss. Regl.)

4. Estudio y discusión de la Ley. — Las Comisiones funcionan en pleno y por ponencias (art. 27 Regl.)

Para la validez de los acuerdos de las Comisiones se requiere la presencia de la mitad más uno de sus componentes (art. 17 Regl.)

El Presidente de la Comisión, de acuerdo con el de las Cortes, la convoca, señalando día y hora, dirige las sesiones y distribuye las ponencias (art. 23 Regl.)

Los *Secretarios* toman nota de los expedientes y documentos que se reciben, levantan acta de los dictámenes y acuerdos (consignando los nombres de los Procuradores que no asistan), y dan cuenta a la Secretaría de las Cortes del día, hora y local donde se reúne la Comisión (art. 24 Regl.)

Con voz, pero sin voto, pueden asistir a las reuniones de las Comisiones en que se traten asuntos de su competencia, los Ministros, así como los Subsecretarios, Vicesecretarios de

F.E.T. y de las J.O.N.S., Directores Generales y Delegados Nacionales en que los primeros deleguen. A la vez, las Comisiones, por conducto del Presidente de las Cortes, pueden solicitar de los respectivos departamentos Ministeriales la presencia de un Delegado del Ministro, que ilustre y auxilie a la Comisión en sus trabajos (art. 26 Regl.)

LAS PONENCIAS. — Serán designadas por el Presidente de la Comisión, y es su misión informar sobre los proyectos de ley del Gobierno y sobre las enmiendas presentadas por los Procuradores.

LAS ENMIENDAS. — Nombrada la Ponencia, y en el plazo máximo de 15 días, a contar de la fecha de la publicación del proyecto en el *Boletín Oficial de las Cortes,* los Procuradores podrán enviar, escritas y razonadas, las enmiendas que se refieran a la totalidad o al articulado (arts. 29 y 35 Regl.)

Para que puedan ser tomadas en consideración, han de venir firmadas, al menos, por 25 Procuradores, para las de totalidad, y 10 para las del articulado. Ni podrá presentarse más que una sola para la totalidad o a cada artículo.

Sin embargo, las enmiendas, con número suficiente de firmas, podrán ser examinadas por la Ponencia e incorporadas, si así lo juzgasen conveniente, a su dictamen. Pero ello no dará derecho a los firmantes a su defensa en el seno de la Comisión, a no ser que, previo informe de la Ponencia, el Presidente de la Comisión lo estimase necesario, para la mayor dilucidación de la materia controvertida (art. 30 Regl.)

Los proyectos y proposiciones de ley, o enmiendas a las mismas que entrañen aumento de gastos o disminución de ingresos, no pueden tramitarse sin la previa autorización del Gobierno (art. 32 Regl.)

DELIBERACIÓN EN EL PLENO DE LA COMISIÓN. — Cerrado el plazo para la presentación de enmiendas, la Ponencia, en el término de ocho días, emitirá informe que será entregado, junto con las enmiendas aprobadas y rechazadas, al Presidente de la Comisión; quien, a su vez, lo pondrá en conocimiento del de las Cortes para que éste, de acuerdo con el Gobierno, señale la fecha y orden del día del Pleno de la Comisión. Tres días antes

de la reunión, el informe queda expuesto a disposición de los Procuradores firmantes de las enmiendas, en la Secretaría de las Cortes (arts. 36-39 Regl.)

Reunido el Pleno, el Presidente abre las deliberaciones con la lectura, por el Secretario, del informe de la Ponencia y las enmiendas rechazadas.

El primer firmante (u otro firmante delegado por él), durante 30 minutos si se trata de enmiendas de totalidad, y de 10 para las del articulado, tendrá derecho a ampliar oralmente o por escrito, ante el Pleno, las razones alegadas en el escrito de enmienda.

Si se tratara de diversas enmiendas al articulado defendidas por un mismo Procurador, y si el Presidente de la Comisión no dispusiere lo contrario, podrá el Procurador defenderlas conjuntamente durante 30 minutos (arts. 40-41 Reg.).

Terminada la defensa de las enmiendas, la deliberación continúa entre los miembros de la Comisión. Los acuerdos se toman por mayoría de votos, pudiendo formularse, por escrito y razonadamente, votos particulares. Redactado definitivamente el dictamen, se eleva al Presidente de las Cortes (arts. 42-43 Reg.).

Previo informe de la Comisión permanente, puede el Presidente de las Cortes devolver al de la Comisión el dictamen de la misma, con las enmiendas y votos particulares, para ampliación, aclaración o mejor estudio de alguno de sus extremos (art. 44 Reg.).

El Gobierno podrá retirar los proyectos de ley, cualquiera que sea el estado de tramitación en que se hallen, hasta el momento en que se haya de dar cuenta al Pleno de las Cortes del dictamen de la Comisión o de su votación definitiva cuando ésta sea necesaria.

5. El Pleno de las Cortes. — El Pleno de las Cortes se reunirá cuando el Presidente lo convoque; la convocatoria se publica en el *Boletín Oficial de las Cortes*, y en el del Estado.

La reunión de las Cortes será obligatoria sólo para conocer de los actos o leyes señalados en el art. 10 de la Ley de creación de las Cortes, sin perjuicio de su convocatoria cuando el Gobierno lo estime procedente (art. 53 Reg.).

El Pleno queda constituído cualquiera que sea el número de los Procuradores asistentes. Las sesiones plenarias no serán públicas, a no ser que lo disponga el Presidente de las Cortes, de acuerdo con el Gobierno (arts. 54 y 57 Reg.).

A disposición de los Procuradores, y desde el día mismo de la publicación de la convocatoria, quedarán en la Secretaría los dictá-

menes de la Comisión que hayan de ser sometidos al Pleno. Y éste comienza con la lectura del Acta de la Sesión anterior; de las comunicaciones que el Gobierno dirija a las Cortes; y de los dictámenes de las disposiciones, proyectos y proposiciones de ley que se han de someter a su aprobación (arts. 55 y 56 Reg.).

Podrá el Presidente autorizar la lectura de un voto particular, con anterioridad a la defensa del dictamen, si el voto particular está suscrito por un número de vocales superior al de la cuarta parte de los componentes de la Comisión.

Finalmente, la Comisión, por el Presidente o miembro en el que delegue, dará cuenta de los fundamentos del dictamen, así como de las enmiendas y votos particulares rechazados y de las razones expuestas en favor de ellos.

Y se procede a la votación, que puede ser *ordinaria,* quedando sentados los que aprueben y levantándose los que no aprueben; o *nominal,* en la que los Procuradores dirán sus nombres por el orden en que se hallen sentados, añadiendo *sí* o *no.* Anunciado el resultado de las votaciones por un Secretario, el Presidente proclama el acuerdo.

La promulgación de la ley se realiza por su inserción en el *Boletín Oficial del Estado.*

6. Sanción del Jefe del Estado. — El Presidente de las Cortes remitirá el proyecto de ley, elaborado por las mismas, al Jefe del Gobierno para ser sometido a la aprobación del Jefe del Estado. Pero el Jefe del Estado podrá devolver las leyes a las Cortes para nuevo estudio (arts. 16 y 17 de la Ley creadora de las Cortes).

La Ley de sucesión, en su artículo 5.º, prescribe que el Jefe del Estado oirá preceptivamente al *Consejo del Reino,* para la devolución a las Cortes, para nuevo estudio, de una ley por ellas elaborada.

7. Procedimiento económico. — Está aún en vigor, en este punto, la Ley de administración y contabilidad de la Hacienda pública de 1.º de junio de 1911.

A tenor del art. 33 de esa Ley, constituyen los presupuestos generales del Estado la enumeración de las obligaciones que la Hacienda deba satisfacer, en cada año, con relación a los servicios que hayan de mantenerse en el mismo y el cálculo de los recursos o medios que se consideren realizables para cubrir

aquellas atenciones. Rigen durante un año,[1] que se cuenta desde el primero de enero a fin de diciembre.

El presupuesto general del Estado, lo forma y lo presenta a las Cortes el Ministro de Hacienda con autorización del Jefe del Estado (de su Majestad), previo acuerdo del Consejo de Ministros y tomando como base para su formación el presupuesto del año anterior al del proyecto.

El proyecto del presupuesto va a las Cortes acompañado de una Memoria sobre la situación de la Hacienda y del Tesoro. Una vez en las Cortes, pasa a la Comisión de presupuestos para su estudio y dictamen.

Si ocurriese la necesidad de hacer algún gasto para el cual no hay crédito legislativo, o sea insuficiente el que figure en el presupuesto general del año, el Gobierno presentará a las Cortes un proyecto de ley pidiendo un *crédito extraordinario* o un *suplemento de crédito*, un informe de la Intervención general de la administración del Estado y del Consejo de Estado en pleno, sobre la necesidad y urgencia de la concesión.

Si las Cortes no estuviesen reunidas, el Gobierno, bajo su responsabilidad, y por causas graves, podrá conceder créditos extraordinarios o suplementos de crédito. Pero abiertas las Cortes, y dentro del primer mes de su primera reunión, el Gobierno ha de presentar un proyecto de ley de aprobación de los créditos extraordinarios y suplementos de créditos concedidos.

---

1 La Ley de 18 de diciembre de 1950 modificó los arts. 32, 33 y 34 de la Ley de administrción y contabilidad de la Hacienda pública de 1 de julio de 1911. En consecuencia, el nuevo artículo 33 define los presupuestos generales del Estado como "la exposición cifrada de las obligaciones que la Hacienda deba satisfacer como máximo en un año en relación con los servicios que deban mantenerse en el mismo y el cálculo de los recursos o medios que se consideran realizables para cubrir aquellas atenciones".

Y añade el art. que los presupuestos se formarán *cada bienio* para regir durante dos períodos anuales consecutivos, contados desde enero a fines de diciembre. Cada uno de estos períodos anuales se cerrará y liquidará separadamente.

Las previsiones aprobadas para el primer año serán las que figuran en el presupuesto aprobado. Las del segundo resultarán de incorporar a aquéllas las alteraciones, en más o menos, que procedan de: *a*) Créditos que deban suprimirse; *b*) dotaciones que proceda incrementar, y *c*) créditos extraordinarios y suplementos de crédito que deban mantenerse en el segundo período de vigencia.

El presupuesto general se formará y presentará a las Cortes antes del primero de julio del año que corresponda confeccionarlo.

8. Función fiscalizadora. Preguntas. — Según el art. 8.º del Reglamento provisional de las Cortes, "los Procuradores podrán dirigir ruegos y preguntas, por escrito y razonados, a los Ministros sobre las materias de su respectiva competencia, y a través de la Presidencia de las Cortes. El Ministro podrá contestar, bien por oficio dirigido a la misma Presidencia, bien oralmente por sí o por delegado en la Comisión respectiva, o, cuando la naturaleza del asunto lo requiera, en el pleno de las Cortes personalmente o por mediación de un representante suyo, que, en este último supuesto, ha de ser Procurador en las mismas.

Sin embargo, podrá el Gobierno excusar la respuesta, así como reservar su publicación cuando así lo exija el interés nacional. Podrá, también, tomarse un plazo prudencial para la contestación, si se tratara de materias que requieran consulta de antecedentes (art. 8.º Reg.).

SECCIÓN TERCERA: LA FUNCIÓN EJECUTIVA

CAPÍTULO PRIMERO

SUMARIO: 1. La función ejecutiva: diversidad de opiniones sobre su naturaleza y contenido. *A*) El ejecutor de las leyes. *B*) La voluntad del Estado creando situaciones subjetivas. *C*) Poder administrativo. *D*) Poder entero del Estado del que se han desgajado el legislativo y el judicial. — 2. Algunos reparos a esta última posición. — 3. Funciones que ejerce. — 4. La distinción de las funciones gubernativas y administrativas. — 5. Régimen administrativo y régimen no administrativo.[1]

1. La función ejecutiva: naturaleza y contenido. — Entre las diversas funciones que integran la autoridad soberana, el estudio de la naturaleza de la llamada función ejecutiva ofrece dificultad especial.

Nace esa dificultad de diversas fuentes. Una de ellas es la distinción de poderes propuesta por Montesquieu. Pero más que todo, han contribuído a ella las distintas interpretaciones y el diverso alcance que los autores han venido dando al célebre trinomio del escritor francés.

A) EL EJECUTOR DE LAS LEYES. — Algunos de ellos la han entendido casi mecánicamente y han pretendido encuadrar las funciones de la soberanía y sus órganos titulares en compartimientos estancos, y expresarlos en fórmulas matemáticas, simplistas y definitivas. Ahí está la fórmula que nos ofrece Benja-

---

1 ORBAN: *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, t. I nn. 239 y ss; J. LAFERRIERÈ: *Manuel de Droit Constitutionnel*, Lib. II; JEAN DAVIN: *Doctrina general del Estado. Elementos de la Filosofía Política.* Parte especial, nn. 152 y ss; BLUNTSCHLI: *Derecho Público universal*, (trad. cast. de A. García Moreno y J. Ortega García), t. I, c. VII.; HAURIOU: *Précis de droit constitutionnel*, Ed. 1923, pp. 443 y ss.; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 783 y ss.; DICEY: *Introduction au droit constitutionnel*, c. XII.; ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo.* Introducción; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., pp. 155 y ss.

mín Constans: "El poder legislativo reside en las Asambleas legislativas, con la sanción del Rey; el ejecutivo en los Ministros, y el judicial en los Tribunales. El primero hace las leyes, el segundo *provee a su ejecución general*, el tercero las aplica a los casos particulares."

Fórmula sencilla y clara que ha rodado por libros y autores, y ha sido aceptada por el vulgo de las personas cultas. A su difusión y aceptación, según el Prof. belga Orban, ha contribuído la autoridad de Kant, dando a la fórmula y al pensamiento una forma simétrica casi silogística. "La mayor parte, prosigue el mismo Profesor, de los autores y escritores modernos la han adoptado sin examen; el público, en general, la encuentra sencilla y satisfactoria para la inteligencia y para la memoria. Y todo el mundo — gentes instruídas o no — la repite, sin tomarse la molestia de meditarla."[1]

Ante todo, la fórmula y el pensamiento que encierra son inexactos. Porque ejecutar las leyes es hacerlas cumplir. Y eso no corresponde, ni especial ni exclusivamente, al poder calificado de ejecutivo. Incumbe ello a los mismos ciudadanos, a las autoridades locales, al poder legislativo, a la justicia, etc.

El empleo de la coacción o de la vía gubernativa y judicial en el cumplimiento de las leyes, es accidental y pasajero; porque se ejecutan de ordinario sin intervención de la justicia, ni de ninguna autoridad, inclinándose ante ellas y prestándose a su cumplimiento espontáneamente los ciudadanos. Hacer ejecutar las leyes es tarea de categoría inferior encomendada a policías y agentes de seguridad y, de todas suertes, tarea *subordinada* a otro poder, al encargado de dictar las leyes, subordinación que quebranta uno de los principios esenciales de la teoría que, al separar los poderes, los consagra como iguales e independientes.

Finalmente, la realidad de la vida estatal, en los mismos países constitucionales, viene a refutar y condenar estas caracterizaciones mecánicas de las funciones del Estado. Todos los órganos de los llamados poderes desempeñan funciones de distinta índole; y, en especial, el ejecutivo gubernamental extiende su actividad a todo cuanto pueda contribuir al fomento del bienestar y prosperidad general, dentro de los límites señalados por la ley positiva y natural.

---

1 ORBAN: Op. cit., t. I, n. 239.

B) La voluntad del Estado creando situaciones subjetivas. — Fracasado el intento de definir los llamados poderes encerrándolos dentro de una determinada tarea o función que desempeñan, han acudido otros a buscar el criterio de la distinción y caracterización en otra parte.

El criterio justo sería según el Profesor de Burdeos *Duguit*, a quien seguía, entre nuestros autores, Tomás Elorrieta,[1] el que nos ofrece la forma con que la voluntad del Estado, prescindiendo del órgano, actúa sobre las voluntades de los súbditos. Si el Estado interviene formulando el derecho objetivo, promulgando reglas generales y abstractas que obligan a todos los súbditos, tendremos la *función legislativa*. Pero si el Estado crea situaciones de derecho *subjetivo*, obligando a determinados individuos al cumplimiento de una prestación o se obliga a sí mismo, *tendremos* la *función ejecutiva;* y función *judicial* cuando estatuye sobre la violación de un derecho objetivo o comprueba la existencia de una situación de derecho subjetivo. De esa manera, raciocina el Profesor de Burdeos, deducimos la naturaleza de la función ejecutiva, no por el órgano de que proceden los actos ejecutivos, sino por el carácter interno del acto mismo, proceda de uno u otro órgano.

Es, pues, la ejecutiva, la función por la cual el Estado expresa una voluntad con el fin de hacer nacer una situación de derecho subjetivo. Y así como el acto legislativo es la formulación de una regla de derecho, el acto administrativo es la creación de una situación de derecho. Pero creemos que el Prof. *Duguit* tropieza en el mismo escollo que trataba de evitar. No se puede encajonar, dice, una función del Estado en un órgano, puesto que puede haber varios que la realicen. Pero, por la misma razón, no se puede delimitar un poder o una función a un solo acto, por ejemplo, la función ejecutiva a un acto individual y concreto por el que se "crea una situación de derecho subjetivo". Porque según la concepción universalmente admitida, y que no hay por qué variar, en sentido vulgar y en sentido científico, la función ejecutiva o gubernamental o como quiera llamársele, no se limita a creaciones de situaciones jurídicas de carácter subjetivo. Com-

---

1 T. Elorrieta: *Tratado elemental de Derecho político comparado*, c. XIII; Duguit: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, párr. 14 y 23, Ed. 1923.

pete a esta parte de la actividad soberana, cuanto por medios directos e indirectos (respetada la esfera legislativa y judicial) puede tender a la conservación del orden y al fomento de la prosperidad nacional. Y eso, según la apreciación general y la experiencia, se consigue con variadísimas medidas de carácter general que no tienen por objeto precisamente hacer brotar situaciones subjetivas, concretas e individuales.

C) PODER ADMINISTRATIVO. — Confunden, o mejor dicho, identifican no pocos la función ejecutiva con la función administrativa[1] y utilizan con marcada preferencia este adjetivo en sustitución del primero.

Pero atinadamente observa el P. Güenechea que esta opinión es equívoca, como lo es aun el mismo vocablo *administrativo* en la ciencia jurídica. Si *administración* es sinónimo de *ejecución,* como sostienen muchos, venimos a parar a la opinión refutada en líneas anteriores: la que limitaba las potestades administrativas a la mera ejecución de las leyes. Pero si la palabra *administración,* como sostienen gran número de juristas, quiere significar cualesquiera actos y derechos del Estado y otras entidades públicas en prosecución de sus fines propios, se equivocan al emplear esa palabra equiparándola a la ejecutiva. Porque no es sólo la potestad ejecutiva la que administra. Administra también, a veces, la potestad legislativa, como cuando (y lo hemos indicado en capítulos anteriores) vota el presupuesto y toma otros acuerdos fiscales, en forma de ley, pero con contenido administrativo. En resumen, porque la administración es función pública del Estado que la ejerce por unos u otros órganos, aunque preferentemente por el órgano ejecutivo.

De toda esta discusión deduce el mismo preclaro Profesor de Deusto que la potestad ejecutiva ejerce multitud de actos diversos que se refieren a las personas y a las cosas, y que, en sentido estricto, se ciñe a aquellos actos que no son peculiares del orden legislativo y judicial y que se enderezan al gobierno de las personas y a la organización y gestión de los servicios públicos. Esta es la opinión que extensamente y con gran copia de razones defiende *Orban.*[2]

---

1 V. BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 738.
2 GÜENECHEA: *Principia juris politici,* vol. II, nn. 291-2.

D) PODER ENTERO DEL ESTADO DEL QUE SE HAN DESGAJADO EL LEGISLATIVO Y EL JUDICIAL. — La misma idea es la que expresó, hace ya varios lustros, el Profesor *Orban* siguiendo, a su vez, en esto, la línea abierta por Bluntschli en su *Derecho Público Universal.*[1]

Califica el docto Profesor alemán de error, casi pueril, el no ver en el legislativo más que la *regla;* en el judicial su aplicación al caso particular; y en el *ejecutivo,* la ejecución de ese juicio. En otras palabras, que el ejecutivo no es más que el ujier o gendarme que lo ejecuta.

Además, el mismo vocablo usual *ejecutivo,* es poco acertado, y produce muchos errores, no expresando exactamente ni el carácter esencial del Gobierno, ni su verdadera relación con la legislación y los Tribunales. Lo que caracteriza al Gobierno, continúa el Profesor de Heidelberg, no es la ejecución, sino el poder mandar en cada caso lo justo y lo útil, el proteger al todo contra los ataques y los peligros, el prevenir los males generales y representar a la nación. Comparado con los otros poderes y hecha abstracción del cuerpo legislativo, el Gobierno tiene, por excelencia, el carácter de autoridad — el mando — y, por lo tanto, ocupa el primer puesto, como la cabeza con relación a los miembros. Comprende lo que se llama el poder representativo, y, en la dirección general del Estado, es Gobierno político; en el detalle, y en los diversos ramos, administración.

Siguiendo esta pauta e insistiendo en las ideas de Bluntschli, continúa Orban diciendo que "de hecho y en teoría, las funciones que ejerce (el ejecutivo) no son secundarias y subdelegadas; son de orden primario, y de él fueron, poco a poco, desgajándose las funciones judicial y legislativa". "El Gobierno no representa originariamente sino al poder público todo entero; y, hoy en día, no puede definirse más que identificándole con el Estado mismo, excepción hecha de la función de la justicia que no administra, y de las leyes y determinados actos legislativos que no los realiza solo."

De lo dicho y del orígen mismo del poder gubernamental (poder todo del Estado del que se han ido separando los otros pode-

---

1 BLUNTSCHLI: *Derecho Público Universal.* Trad. castellana de A. García Moreno y J. Ortega García. Tom. I, cap. VII. Véase también en HAURIOU: *Précis de Droit Constitutionnel,* pp. 443 y ss., Ed. 1923, una briosa defensa de la primacía del poder ejecutivo, sobre los otros Poderes.

res aunque no integralmente) se deducen las complejas y variadas acciones que abarca, como son las funciones todas del poder público, salvo las judiciales y legislativas, las que, si no las abandona totalmente a las Cámaras, tampoco las realiza por sí solo.

Cumple, pues, como el método más apropiado para el estudio de este poder y para la investigación de su naturaleza, ir analizando las diferentes categorías de sus actos e ir caracterizando sus funciones.

3. Funciones que ejerce. — Ordenando todas estas funciones en grupos diversos, los clasifica el Prof. Orban[1] en actos: 1) de ejecución, 2) de policía, 3) actos políticos, y 4) administrativos.

1) ACTOS DE EJECUCIÓN. — Bajo este aspecto, es atribución de la función ejecutiva, no tanto la de ejecutar las leyes, cuanto la de vigilar y proveer, por muy diversos modos, a la ejecución de las mismas. "Corresponde al Rey, decía el art. 54 de nuestra Constitución de 1876, expedir los Decretos, Reglamentos o Instrucciones que sean conducentes *para la ejecución de las leyes...*"

Ahora bien, se *provee a la ejecución* de las leyes atendiendo a su promulgación, publicación y difusión; interpretándolas, instándolas por medio de circulares, etc. Se *vigila su ejecución* con el empleo de los medios y con el uso de los derechos de tutela y de las facultades de autoridad disciplinaria que la Constitución otorga a este poder, para que se administre justicia y se observen las leyes.

Pero cuando las Constituciones aseguran que corresponde al Monarca o Presidente de la República expedir los Reglamentos, etcétera, que sean conducentes para el cumplimiento de las leyes, no se debe entender que los decretos y órdenes se han de limitar a la mera ejecución de las leyes, sino a cuanto pueda contribuir a la prosperidad y utilidad públicas, mientras no haya una extralimitación legal que venga como a derogar una disposición legislativa vigente.

2) ACTOS DE POLICÍA. — Entran también estos actos dentro del ámbito de la función ejecutiva y se extienden a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en el interior, y a la seguridad del Estado en el exterior, conforme a la Constitu-

---

1 Op. cit., II, nn. 78 y ss.

ción y a las leyes. Y el orden interior no comprende sólo la tranquilidad pública, puesta a cubierto de perturbaciones y desórdenes; sino, a la vez, el libre y seguro uso y disfrute de todos los derechos y libertades, y la imposición necesaria de las limitaciones que exigen la paz, la seguridad, moralidad, higiene, bienestar general, etc.

A ello contribuyen las medidas de carácter general, como los Reglamentos para explotaciones industriales y mineras, para edificación de habitaciones, para las necesidades de tránsito, los acuerdos y medidas particulares que se refieren a determinadas personas, entidades o sitios... Y, en general, compete a la acción de policía, no sólo "prevenir y apartar los peligros que pueden amenazar la seguridad y el bienestar de la totalidad y de los individuos, sino el tomar todas las disposiciones que tengan por objeto favorecer el bien material y moral de los ciudadanos". Puede, por lo mismo, distinguirse una policía de seguridad, otra policía de mejora y bienestar, a las que otros (Orban II, n. 81) añaden la policía de protección y tutela.

La policía de *seguridad* puede ser preventiva y represiva, según que tienda a prevenir los delitos, procurando el mantenimiento regular del orden público, siempre y en todos los sitios, o tienda a la averiguación de los delitos que no han podido evitarse y al descubrimiento y detención de sus autores.

La policía de *mejora y progreso* tiene por misión atender al bienestar y progreso sociales, fomentando iniciativas que a ello tiendan y creando instituciones necesarias o convenientes para el acrecentamiento, para la pureza y elevación de la verdadera civilización. Campo vastísimo que explica la legítima intervención del Estado en la enseñanza, industria, comercio, trabajo, agricultura, cuyo ordenado y progresivo desarrollo debe fomentar y presidir.

La tercera rama de policía, *la de tutela,* comprende a cuanto hace relación a la tutela de ciertos derechos (ferias, mercados, bolsas de comercio, caza, minas, pesca...), a la salvaguardia de la fidelidad y honradez pública contra ciertos fraudes (pesos y medidas, objetos de oro y plata, loterías, falsificaciones, colectas...); al libre ejercicio de libertades públicas, tranquilo disfrute del derecho de propiedad, a las buenas costumbres, a la asistencia pública, al alivio de débiles y desgraciados.

Pero siempre que, en este dominio de protección, la autoridad renuncia al empleo de las medidas coercitivas y prefiere medidas de orden diferente, como, por ejemplo, las formalidades de autenticidad y publicidad que previenen conflictos y perjuicios, sale del dominio de la policía, para entrar en el de la administración propiamente dicha. Por-

que elemento característico de los actos de policía es *la coacción.* "No hay verdaderamente acto de policía, mientras no haya un mandato o una prohibición, con la sanción del empleo eventual de la coacción física". Y, en este caso, es la aplicación de medidas restrictivas de la libertad individual, expresamente admitida como *sanción inmediata del acto* y del reglamento, v. gr. la dispersión inmediata, como sanción de la orden que prohibe las reuniones o aglomeraciones en determinadas circunstancias de sitio o tiempo; la represión violenta e inmediata de un motín o tumulto.[1]

Finalmente, llámanse actos *jurisdiccionales de policía,* aquellos en que puede autoritariamente fallar el poder gubernamental, en litigios que sobrevengan entre el interés público (de higiene, orden, propiedad) representado por la administración, y el interés particular de cualquiera otra persona. En ellos el Gobierno falla en última instancia.

Los *actos de actividad interna* forman otra categoría, y tienen por objeto proveer a su propia organización y funcionamiento.

Entran en este concepto cuanto se refiere a la dirección del personal, las medidas encaminadas a dar impulso a la obra administrativa, como cambios de funcionarios, distribución de trabajos, delimitación de competencias, y cuanto se refiere a la organización de la disciplina administrativa: llamadas al orden, suspensiones, revocaciones, etc.

3) Actos políticos. — Es decir, de *actividad auxiliar del derecho constitucional,* que completa la organización de los órganos ejecutivos y provee a su funcionamiento. Esta actividad no sólo es diversa de la legislativa y judicial, sino que se mueve fuera del radio propiamente de lo que hemos clasificado como actos de policía y de actividad interna y de la actividad administrativa.

Como ejemplos de esta actividad, podemos citar la convocatoria de las elecciones, convocatoria, suspensión y disolución de las Cortes y cuanto se refiera a la tutela de los organismos infrasoberanos y establecimientos públicos, autorizaciones, aprobaciones, suspensiones, anulaciones, nombramientos de delegados o inspectores especiales.

---

1 Respecto de la institución de policía de carácter positivo, véase P. Güenechea; op. cit., lec. 43.

4) ACTOS ADMINISTRATIVOS. — No entramos aquí en el problema de la definición y sustantividad del Derecho administrativo que estudian, en su propio lugar, los tratadistas de esta rama de Derecho. Lo que no cabe duda es que el órgano ejecutivo administra y es, por lo tanto, fuente de actos administrativos, como cuando los realiza para el establecimiento, reglamentación, ejecución y explotación de servicios públicos.

El planteamiento y resolución del problema de la caracterización de la ciencia y del Derecho administrativo quédese para los cultivadores de la especialidad de esta rama de Derecho Público, como Güenechea, Royo Villanova o García Oviedo en sus respectivos Tratados.[1]

Creemos, también, con *Orban,* que la administración no puede constituir una llamada cuarta función distinta de las tres que hemos admitido. Porque para ello le falta una nota característica y esencial: la autonomía e independencia. No basta para ello una cierta diversidad de actividades y su especialización; es menester que a esa especialización se junte alguna independencia, ausencia de sujeción, y la irrevocabilidad de sus títulos. Ahora bien, parece indiscutible que la administración está en una situación de irremediable subordinación, constituyendo esencialmente una Jerarquía, a cuya cabeza está el Jefe del llamado poder ejecutivo, el Gobierno forma sus cumbres y tiene, en principio, el derecho de reforma sobre los actos de los órganos inferiores, ejerce la autoridad disciplinaria sobre todos los funcionarios, hasta el punto de parecer imposible que pueda negársele el derecho general de revocación dentro, naturalmente, de las leyes.

2. Reparos a esta última opinión. — A pesar de las atinadas reflexiones de estos autores, un tanto alejados ya de nosotros (Bluntschli publicó su Derecho Público Universal en 1852 y Orban el último tomo de su obra en 1910), no podemos menos de oponerles algunos reparos. Precisamente, en el tiempo en que lanzaron al público sus libros, influían en sus juicios la situación del pensamiento político de entonces y el curso de las realidades políticas que se desenvolvían ante sus ojos. Por eso sus dardos iban dirigidos, bien dirigidos, a deshacer el mecanismo rígido que a las fórmulas de Montesquieu daban algunos de sus intérpretes, como B. Constans, cuyas palabras acabamos de co-

---

1 Véase P. J. N. GÜENECHEA: *Ensayo de Derecho Administrativo.* Bilbao, 1910, Introducción; ANT. ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo.* Introducción. Valladolid, Santaren, 1948; C. GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo.* Introducción. Madrid, 1948. E.P.E.S.A.

piar más arriba. Pero, de entonces acá, han evolucionado el pensamiento y las realidades políticas.

Y la evolución se manifiesta en el deslizamiento, lento pero ininterrumpido, de la soberanía y del poder hacia órganos que no son, precisamente, los del ejecutivo.

Permaneciendo intacta, en lo sustancial, la estructura orgánica de los poderes — Asambleas, Ministerios, Cuerpo judicial — se percibe claramente el desplazamiento del poder soberano, con sus funciones características, hacia las Asambleas; hacia el *Gobierno convencional.* Cada vez, según pasan los años, resulta menos exacta la afirmación de que el poder ejecutivo — el Gobierno — representa al poder público todo entero, excepción hecha de la función de la Justicia que no administra y de los actos legislativos que no realiza solo. Por evolución o degeneración del sistema parlamentario que cada día se acentúa más, el puesto primario de la dirección política de las naciones van ocupando las Asambleas populares.

Dejamos a un lado el régimen Presidencialista tal como se sigue aún practicando en Norteamérica, y en donde todavía se mantienen en manos del Presidente las atribuciones directivas de la política del país que le concede la Constitución. Y prescindimos también de alguna otra manifestación de tipo autoritario, que mantiene los resortes del poder en manos del Jefe del Estado y de sus Ministros, con independencia de la Asamblea legislativa (popular) (nos referimos a Portugal). Hagamos también una excepción del sistema peculiar de Suiza. El *Consejo federal* — el órgano ejecutivo — es elegido por la *Asamblea federal,* cuyas direcciones políticas debe seguir. Pero el buen sentido del pueblo suizo ha sometido su sistema de gobierno a tales normas prácticas que, en gran parte, evita los peligros y la degeneración del parlamentarismo. Porque la *Asamblea federal* no elige a los miembros del *Consejo* por su significación política, porque pertenezcan al partido que ha obtenido mayoría en la Asamblea, sino por su competencia técnica, procurando, al mismo tiempo, que en el Consejo estén representados todos o los principales partidos del país. Los elige además por tiempo fijo (por cuatro años); y los reelige ordinariamente cuando se comprueba que su gestión gubernativa es útil al país y prescindiendo de las oscilaciones partidistas. En los demás países parlamentarios, el desplazamiento es evidente.

En *Inglaterra,* es el Parlamento el que dirige el país; pero no el Parlamento clásico inglés, sino el Parlamento sin el Rey y sin los Lores. Murió ya hace tiempo en las manos del Rey el derecho al *veto;*

y apenas si le quedan a Su graciosa Majestad aquellas atribuciones que Bagehot creía muy suficientes: "El derecho de ser consultado; el derecho de estimular; el derecho de advertir."

La Cámara de los Lores, mutilada por el Acto del Parlamento de 1911, apenas si es capaz de detener o cambiar la dirección y marcha impuesta por la Cámara Baja. Y es ésa, la Cámara Baja, la que queda en el timón para señalar el rumbo de la nación. La Cámara Baja popular, que es la que nombra un Comité ejecutivo dependiente de ella que es el Ministerio. La revolución se va realizando al estilo inglés: legalmente, por evolución; pero se va realizando.

En *Francia,*[1] la nueva Constitución de 1946, refuerza aún más los rasgos ornamentales de aquella figura decorativa que para la Presidencia de la República crearon las leyes de 1875; sigue siendo, y con más relieve, el Presidente de las solemnidades nacionales. Preside los grandes organismos nacionales: preside el Consejo de Ministros, preside el Consejo Supremo de la Magistratura; ha de estar informado de las negociaciones internacionales, etc.; pero en ninguno de estos organismos y esferas puede ejercer influencia de alguna eficacia. Ni siquiera para el nombramiento del Presidente del Consejo de Ministros entre los miembros de la mayoría. Sólo puede indicar a alguna personalidad su deseo de que presida el organismo ministerial. Pero la persona escogida, antes de aceptar la invitación, ha de acudir a la Asamblea nacional, exponer allí su futuro programa de gobierno y recabar su aprobación. Conseguido esto, ha de volver a la Presidencia para que allí se confirme su designación. Sólo con esta autorización, y siempre estrechamente vigilado en todos sus movimientos de mando, podrá permanecer en su puesto. Ni siquiera el Consejo de la República, que ha sustituído al antiguo Senado de 1875, podrá ser obstáculo a la voluntad omnipotente de la Asamblea nacional, a la cual podrá llevar un dictamen y opinión en los asuntos públicos. Pero el mando y el poder entero, en la legislación y en la dirección política del país, reside en la Asamblea nacional popular.

De esta manera, los regímenes parlamentarios europeos se van asemejando al sistema político ruso de los soviets. Este sistema concentra todos los Poderes públicos en el *Congreso supremo de la U.R.S.S.*, el cual, para el desarrollo de su plena actividad totalitaria, nombra un *Presidium,* delegado suyo y sometido totalmente a su devoción, y un *Consejo de Comisarios,* de meros agentes de ejecución de leyes y órganos.

Por eso los autores contemporáneos distinguen:

---

1 J. LAFERRIÈRE: *Manuel de Droit constitutionnel,* Libro II, Tít. III (Domat-París, 1947).

1) *el Ejecutivo sometido* al Parlamento (Rousseau contra Montesquieu; gobierno convencional);

2) *el Ejecutivo independiente* en la esfera de sus atribuciones del legislativo (separación de poderes);

3) *el Ejecutivo parlamentario* (Francia e Inglaterra) en donde, dicen, no hay subordinación del Ejecutivo a la Asamblea popular, sino equilibrio y colaboración entre sus órganos.

En resumen, aquel poder público entero, que era el Ejecutivo de que hemos hablado en líneas anteriores, y que dirigía la vida del país, con la debida colaboración de las Asambleas en la legislación, y de los Tribunales en la administración de la justicia, se va esfumando, para reaparecer en las Asambleas populares que se sirven, como de instrumentos, de los *Presidium,* Consejos de Ministros y Tribunales, para desarrollar, sin estorbos, su acción totalitaria.

En Europa, sólo *Portugal* (de España hemos de tratar en capítulo aparte), con un valiente viraje, ha logrado detener y evitar la degeneración parlamentaria que la llevaba a la misma deplorable situación. Y ha tomado rumbo hacia un régimen de autoridad, en el que el Ejecutivo — el Gobierno — mantiene firme en su mano los resortes del mando en la vida nacional con la obligada cooperación de la Asamblea nacional en la legislación y la de los Tribunales en la administración de justicia. "No hay Estado fuerte donde el Poder ejecutivo no lo sea, y precisamente su debilitación es la característica general de los regímenes políticos dominados por el liberalismo individualista o socialista, por el espíritu de partido y por los excesos y desórdenes del parlamentarismo".[1]

Al contrario de la actual Constitución francesa que proclama (a. 32) que la soberanía nacional pertenece al pueblo francés, y que el pueblo francés la ejerce, en materia constitucional por el voto de sus representantes y por el referéndum, y en las otras materias por sus diputados de la Asamblea nacional, elegidos por sufragio universal; la Constitución portuguesa (art. 71) proclama que la soberanía reside en la nación y tiene por órganos: el *Jefe del Estado,* la Asamblea nacional, el Gobierno y los Tribunales. Y ese Jefe de Estado representante también genuino, aunque no único, de la soberanía, ejerce sus funciones propias independientemente de cualesquiera votaciones de la Asamblea nacional. Por eso, entre otros, le corresponde el derecho de nombrar al Presidente del Consejo y a los Ministros de entre los ciudadanos portugueses y dimitirlos; de dar a la Asamblea nacional poderes constituyentes, convocarla extraordinariamente y disolverla

---

1 OLIVEIRA SALAZAR: *Principios fundamentales de la Revolución política.* Discurso de 30 de julio de 1930. El Pensamiento de la Revolución nacional. Ed. Poblet. Buenos Aires, 1938.

cuando así lo exijan los intereses superiores de la nación; de representar la nación y dirigir la política exterior del Estado, aunque sometiendo a la aprobación de la Asamblea los acuerdos más importantes (artículo 81).

En la misma línea, el Gobierno, cuyo Presidente es nombrado libremente por el de la República y que refrenda todos los actos de éste, ejerce sus prerrogativas constitucionales libre de presiones parlamentarias. Porque pende de la exclusiva confianza del Presidente de la República, y su permanencia en el poder no depende del destino que tengan sus propuestas de ley o de cualesquiera votaciones de la Asamblea nacional (V. Tít. IV).

Y baste el recuerdo de estos pocos rasgos para indicar la reacción y tendencia de la política contemporánea portuguesa, opuesta a la general del parlamentarismo europeo y de la organización política soviética, que marcan un claro desplazamiento de la soberanía hacia las Asambleas populares.

4. Distinción en el Ejecutivo de las funciones gubernativas y administrativas: Su enumeración.[1] — No pocos autores hacen resaltar la diferencia, dentro de la esfera de la función ejecutiva, entre lo gubernamental y lo administrativo. Se detiene en este punto, de manera particular, *Hauriou,* a quien sigue entre nosotros el Prof. *Ruiz del Castillo.*

La *función gubernamental,* según Hauriou, atiende a dar solución, en el curso de los acontecimientos, a los asuntos excepcionales que interesan a la unidad política del Estado y los grandes intereses nacionales. En contraposición, la *función administrativa* se preocupa de los asuntos corrientes que interesan a la población nacional.

Se caracteriza, por lo tanto, la función gubernativa por el carácter excepcional y discontinuo de las cuestiones nuevas que se presentan al Estado y a las que tiene que hacer frente, tanto en el orden internacional como en el interno, y que afectan a grandes intereses del país. Grandes intereses nacionales que no hay que confundir con los intereses generales de la población. Así son grandes intereses nacionales el negociar, mediante Tratado diplomático, la defensa militar, los servicios postales y ferroviarios puestos en peligro por una huelga general, etc. En cambio, la acción administrativa atiende a los asuntos corrien-

1 V. HAURIOU: *Précis de Droit Constitutionnel.* París, 1923, p. 397; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., p. 148 y ss y párr. 629.

tes y continuos; a las necesidades habituales del país, a la buena marcha de los servicios públicos de transportes, sanitarios, etc.

5. Régimen administrativo y régimen no administrativo. — El problema lo dejó planteado con toda claridad Dicey, en su *Introduction au Droit Constitutionnel,* contraponiendo el reinado, de la ley, a la que están sometidos, en Inglaterra, todos los súbditos, sean o no funcionarios del Estado, y la situación jurídica especial privilegiada de los funcionarios públicos en Francia y los países del Continente.[1]

Según explica Royo Villanova,[2] derrocado el absolutismo por la revolución francesa, no se contentó la nueva doctrina con la dispersión del poder entre el legislativo, ejecutivo y judicial. Sino que, recelosa de un nuevo resurgimiento absolutista en el Ejecutivo, considerado como el heredero del antiguo monarca absoluto, escogió los medios jurídicos convenientes para evitar los daños que los órganos encargados de la Administración (Poder ejecutivo) podían causar a la libertad y derechos individuales. Esto dió origen al nacimiento de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones de la Administración con los particulares, normas distintas de las que regulaban las relaciones de los particulares entre sí.

Se caracteriza este régimen administrativo, en que los funcionarios públicos, sujetos a las órdenes de sus superiores jerarquías, se rigen por leyes especiales distintas de las que regulan los derechos y deberes de los particulares, quedando disminuída su responsabilidad a costa del Estado, o de la entidad que sirvan, si, en el desempeño de sus cargos, causaren daños a terceros.

De la misma manera, para corregir los abusos de la Administración y de sus funcionarios, existen Tribunales administrativos especiales, separados de la jurisdicción ordinaria, a los que corresponde la función de reformar o anular los actos administrativos contrarios a la ley.

Finalmente, la Administración pública está protegida contra las intromisiones de los Tribunales de Justicia, mediante la crea-

---

1 V. DICEY: Op. cit., c. XII; HAURIOU (Aparte de su *Précis de Droit Administratif*): *Principios de Derecho público y constitucional* (trad. castellana de Ruiz del Castillo, Reus, 1927), p. 140; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político,* p. 154.

2 *Elementos de Derecho Administrativo,* Introducción, c. II.

ción de un órgano especial que resuelva los conflictos de competencia entre ambos poderes.

En Inglaterra y países anglosajones, donde no existían las circunstancias que, a fines del siglo XVIII, creó en Francia la monarquía absoluta, no se sintió la necesidad de un Derecho especial para el Estado. Las autoridades y los funcionarios administrativos están sometidos a las mismas normas jurídicas que los demás ciudadanos. *El reinado de la ley* (rule of law), rasgo característico del Derecho inglés, exige la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, igualdad que no puede compaginarse con inmunidades o garantías concedidas a los funcionarios. Por lo mismo, estos ciudadanos funcionarios responden, como los demás particulares, ante los Tribunales ordinarios, de los daños que puedan causar a terceros en el desempeño de sus cargos.

Por eso Inglaterra y los países anglosajones no tienen un régimen administrativo, como Francia y los países del Continente. Éstos son, pues, los países que tienen o no tienen régimen administrativo.

Sin embargo, bien hace notar el Sr. Villanova que la rigidez inglesa del *reinado de la ley* aplicada a todos los ciudadanos — sean o no funcionarios — va fallando en aquel país y, lentamente y de *hecho*, va infiltrándose el régimen administrativo.

Ante el intervencionismo creciente del Estado y el incremento de los servicios públicos, el Parlamento va delegando sus facultades a los Ministerios, a la Administración central. De ahí la formación de un derecho de la Administración, la de organismos y Comisiones administrativas con competencia judicial o cuasi-judicial, y la exigencia, en algunos casos, de responsabilidad al Estado por actos u omisiones de sus funcionarios. En una palabra, la instauración lenta y como subrepticia de un régimen administrativo.

La misma tendencia se nota en Estados Unidos.

CAPÍTULO SEGUNDO

SUMARIO: 1. Organización del poder ejecutivo. — 2. El Jefe supremo: su unidad o pluralidad. — 3. Su designación. Duración del mandato. — 4. Responsabilidad del Jefe del Estado: monárquico; republicano. — 5. El Ministerio: su fundamento y carácter. — 6. Origen y evolución histórica del Ministerio. 7. Número de Ministros. Sus atribuciones. — 8. Responsabilidad ministerial. Sus clases. Indicación histórica: *a*) responsabilidad política: ante las Cámaras; ante el Rey. *b*) Responsabilidad penal de los Ministros. El axioma "*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*". *c*) Responsabilidad civil. — 9. Cuerpo de funcionarios administrativos: sus clases. — 10. Responsabilidad de los funcionarios: disciplinaria, penal, civil.[1]

1. Organización del poder ejecutivo. — Aun cuando las modernas Constituciones escritas, monárquicas y republicanas, digan, como la de los EE. UU. de América del Norte, que el "poder ejecutivo será confiado a un Presidente de los EE. UU. de América" (art. 2.º, sec. 1.ª), es lo cierto que el tal Príncipe o Presidente no es más que la cabeza y el Jefe de la organización gubernamental y administrativa, cuya nota característica es la de compleja variedad y multiplicidad. Colaboran activamente con el Jefe del Estado en la función gubernamental, no sólo los Minis-

---

1 SAUSER HALL: *Guide politique Suisse*, 5.ª Edi. Laussanne, 1947; CARLOS OLLEROS: *El Derecho constitucional de la postguerra*. Bosch. Barcelona, 1949; GASPAR AMBROSSINI: *La nuova Costituzione soviética*, Casa Edit. Trimarchi, Palermo; LOWEL: Op. cit., t. I., c. II; ORBAN: Op. cit., tomo II, nn. 107 y ss.: ESMEIN: Op. cit., t. I,, pte. 1.ª, c. IV; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, nn. 199 y ss.; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 639 y ss.; DUPRIEZ: *Les Ministres dans les principaux pays de l'Europe et d'Amerique*, Pte. 1.ª, c. 1.º; MANUEL GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional comparado*, c. XI (Rev. de Occidente, Madrid); LUIS S. AGESTA: *El Derecho Constitucional en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, U.R.S.S. y Portugal*. Granada, 1948; DIEGO SEVILLA ANDRÉS: *Tratado de Derecho Constitucional* (Legislación extranjera) Aeternitas. Valencia, 1947; BALLADORE PALLIERI: *Diritto costituzionale*, n. 89 (secondo la nuova costituzione) Milano, 1949; RUIZ DEL CASTILLO: *Antonio Maura - Treinta y cinco años de vida pública*, t. II, c. II: La Corona y los Ministros; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 868 y ss.; CALAMANDREI: *Commentario sistematico alla costituzione italiana*, vol. II. *Il Governo* (Barbera-Firenze, 1950).

tros, sino una legión numerosa de órganos individuales y colectivos, funcionarios y empleados de todas clases.

Esa multiplicidad y variedad son hijas de la naturaleza misma de la función, cuyas actividades, sobre ser muchas y variadas, exigen una actuación continua, prudente, vigilante y extensísima. Y para que, en medio de esa múltiple variedad, no naufrague el principio de unidad, es necesaria la trabazón armónica de la jerarquía, que coordine todos esos miembros y los subordine al centro único de una dirección común. A este propósito obedecen las organizaciones modernas del mal llamado poder ejecutivo, en las que resaltan, con toda claridad, como tres partes o cuerpos principales: la institución suprema de un Jefe; la institución ministerial; el cuerpo de administración o los funcionarios públicos.

Esta complejidad resalta principalmente en los Gobiernos representativos modernos, sobre todo en los parlamentarios, tanto monárquicos como republicanos, como lo hace notar, refiriéndose en especial a los republicanos, el Prof. Hauriou:[1] "El poder ejecutivo es una institución compleja, en el interior de la cual giran varios órganos alrededor de la idea de la voluntad ejecutiva: no sólo el Presidente de la República, sino el Consejo de Ministros y el Presidente de este Consejo. Si el Presidente de la República no tiene más que atribuciones jurídicas y si la realidad del poder político pertenece a los Ministros y al Presidente del Consejo, si en consecuencia la institución ejecutiva es bicéfala, no pueden separarse las dos cabezas de la institución, cuando se quiere apreciar la situación del Ejecutivo; del mismo modo que no se puede separar la Cámara de Diputados del Senado cuando se enjuicia la situación del Parlamento, otra institución bicéfala." Estas reflexiones tienen perfecta aplicación en la Monarquía parlamentaria. El Rey, por imposición del sistema, no puede actuar sin el refrendo ministerial, y Rey y Ministros forman, para la acción decisiva ejecutoria, un solo órgano.

2. El Jefe supremo: su unidad o pluralidad. — En las Monarquías, aun las modernas representativas, ni siquiera se plantea el pro-

---

1 *Principios de Derecho Constitucional público.* Edición castellana, 1927, p. 444.

blema de la unidad o pluralidad del Jefe de la función ejecutiva. Por la naturaleza misma de la forma de Gobierno, como lo indica el mismo vocablo, la Jefatura del Estado radica en una sola persona: el Rey o Monarca.

En cambio, en las Repúblicas, la institución suprema del Ejecutivo puede adoptar la forma unitaria, la colegiada y aun la dual. Predomina, sin embargo, en absoluto, la forma unitaria.

La forma colegiada es la adoptada por la República suiza.

El órgano del Ejecutivo es el llamado *Consejo Federal* — el Directorio — órgano colectivo, porque actúa colectivamente sin que el Presidente tenga otras atribuciones propias que las que se requieren para imponer el orden en las deliberaciones y el voto de calidad en los empates.

Se compone de siete miembros elegidos (desde 1931), por cuatro años, por la Asamblea Nacional, entre los ciudadanos suizos elegibles para el Consejo Nacional. Se renueva al mismo tiempo que éste.

Al frente del *Consejo federal* hay un Presidente, que lo es de la Confederación Suiza, y un Vicepresidente, ambos a dos elegidos, por un año, por la Asamblea federal entre los miembros mismos del Consejo. Y para dar a éste el carácter peculiar de autoridad corporativa, establece la Constitución (art. 106) que los negocios del Consejo federal se repartan, por Departamentos, entre sus miembros. Esta repartición tiene por único fin facilitar el examen y distribución de asuntos; las *decisiones emanan del Consejo federal como autoridad.*[1]

La Constitución de 1918 de la República de Uruguay nos ofrece un raro ejemplo de un órgano ejecutivo dual. Lo forman: 1) el Presidente de la República, y 2) el Consejo nacional de Administración. Ambos, Presidente y Consejo, elegidos directamente por el pueblo.

Competen al Presidente las funciones políticas y las ejerce por medio de los Ministros de Negocios Exteriores, Guerra, Marina e Interior. Son Ministros elegidos por él y sólo ante él responsables.

El Consejo de Administración se compone de nueve miembros y se renueva por terceras partes, durando el cargo de consejero seis años. Son de su competencia las funciones predominantemente técnicas o administrativas: obras públicas, trabajo, industrias y hacienda, instrucción pública, preparación del presupuesto, etc.

El Consejo Nacional de Administración es, por lo tanto, una unidad colegiada, paralela al poder unipersonal del Presidente de la Repú-

---

1 SAUSER-HALL: *Guide Politique Suisse*, p. 144, 5.ª edition. Laussanne, 1947; GARCÍA PELAYO: Op. cit., c. X, V, 3; T. MORSTEIN: *Foreign Governments*, c. 19-2.

blica, constituyendo ambos el órgano bicéfalo o dual de esa Constitución de 1918. Pero ya la Constitución de 1934 volvió de nuevo a la unidad; y el art. 70 de 1918 que establecía que: "El poder ejecutivo es delegado al Presidente de la República y al Consejo Nacional de Administración", se convirtió en el art. 146 de 1934: "El poder ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República, quien actuará con un Consejo de Ministros, de acuerdo con lo establecido en esta Sección y las siguientes".

En las Constituciones soviéticas de Rusia y de sus satélites de Yugoeslavia, Rumania y Bulgaria, el Gobierno es de tipo *convencional*, concentrándose todas las facultades soberanas en las Asambleas populares. Pero esas Asambleas populares (bicamerales en Rusia y Yugoeslavia y unicamerales en Rumania y Bulgaria) eligen un *Presidium* y un *Consejo* de Comisarios del pueblo (Ministros) en los que las Asambleas supremas delegan muchas facultades que, en los países democráticos liberales, competen al Ejecutivo. Con ciertas salvedades, sin duda, pero puede afirmarse que pertenecen esos *Presidium* al tipo de órganos *colegiados* del poder ejecutivo.[1]

Pero la inmensa mayoría de los Estados modernos, no ya sólo los monárquicos, sino aun los republicanos, optan por la presidencia unipersonal, cuyo titular recibe el nombre de Rey, Emperador, Presidente de la República, según los casos. Esa presidencia unipersonal es vitalicia y hereditaria en las Monarquías y temporal y electiva en las Repúblicas. Así establecen presidencia unipersonal las repúblicas Francesa, Alemana, Polaca, N. Americana, todas las Sud-Americanas, la Portuguesa, Italiana, etc.

Nada más interesante que oír la briosa defensa de esta unipersonalidad hecha por los comentaristas de la Constitución republicana de los Estados Unidos.

Hamilton dedicó a este asunto un razonado y profundo estudio en el New-York Packet.[2] Puede reducirse su argumentación a los siguientes puntos:

---

1 Véase *Legislación soviética moderna*. Trad. directa del ruso por Miguel Durán. Méjico; CARLOS OLLERO: *El Derecho Constitucional de la Postguerra*. Bosch Barcelona, 1949; GASPAR AMBROSSINI: *La Nuova Costituzione soviética*. Casa Edit. Trimarchi, Palermo.

2 *Le Federaliste*, ed. franc. Giard, p. 582. Véase también ORBAN: *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, t. II, n. 94, en donde resume las ideas del artículo de Hamilton; W. B. MUNRO: Op. cit., c. X: *The President*.

1) La energía del poder ejecutivo es una de las condiciones esenciales del buen gobierno. Ahora bien, esa energía sólo puede provenir de un poder ejecutivo unipersonal.

2) La pluralidad del Ejecutivo embaraza y, a veces, anula la vigorosa prontitud de la acción gubernativa, que es otra de las condiciones del recto ejercicio del poder en la esfera ejecutiva.

3) La pluralidad del Ejecutivo como que desvanece la responsabilidad de sus miembros que se la arrojan mutuamente, quedando la sociedad indecisa sin saber sobre quién recae y a quién exigírsela.

4) Finalmente, para la libertad y seguridad de los ciudadanos, es mucho más peligrosa la pluralidad que la unidad del Ejecutivo.

En efecto, discurre Hamilton, un Ejecutivo débil supone una ejecución débil en el gobierno; y una acción débil de gobierno supone en la práctica, cualquiera que sea en teoría, un mal gobierno. Ahora bien, lo que da energía al Ejecutivo es la unidad. Por eso todos los políticos y hombres de Estado mejor reputados por la bondad de sus principios y la exactitud de sus puntos de vista, se han decidido en favor de un Ejecutivo único. La decisión, la actividad, el secreto y la diligencia caracterizan las operaciones de un hombre, harto más y en mayor grado que los de varios; y esas cualidades disminuyen a medida que el número aumenta. Si se pone el Gobierno en manos de un colegio, de una reunión de personas, se corre el riesgo de romper su unidad y de crear, en la cumbre del Estado, una verdadera anarquía.

Y esa unidad desaparece, ya cuando el Ejecutivo quede integrado por varios miembros iguales en dignidad y autoridad, ya cuando, aun estando el poder en una sola persona, se encuentre ésta sometida a la fiscalización y colaboración de otras personas o consejeros...

Análogas consideraciones hace respecto de la prontitud que debe tener en sus decisiones el Ejecutivo, siguiendo en esto el consejo de nuestro Márquez,[1] cuando dice que: "El príncipe, habiendo tenido en la deliberación pies de plomo, en la ejecución ha de tener plumas de ave, para obviar a las tretas de la envidia"...

El prestigio con que debe contar, dice, la rapidez con que debe obrar el poder ejecutivo quedan menguados, detenidos, por la pluralidad. Cuando una o varias personas están comprometidas en un negocio común, siempre debe temerse la división de opiniones, vivos con-

---

1 *El gobernador cristiano*, c. XX, p. 117.

flictos, mutua animosidad, de donde proceden la disminución del prestigio y la relajación de la autoridad. Si, por desgracia, esos conflictos llegan hasta la suprema magistratura ejecutiva de un país, compuesta de varias personas, ese mal puede detener y hacer fracasar las medidas más importantes y en las circunstancias más críticas de un país. Más aún: esa división puede bajar hasta los ciudadanos a quienes puede separar en fracciones violentamente irreconciliables, a la cabeza de las cuales se pondrán los diversos miembros que componen el Ejecutivo. Y así como para las Cámaras legislativas la prontitud en la decisión, más que una ventaja, es un peligro, y la diversidad de opiniones provocada por la deliberación, no deja de ser un freno para los excesos de la mayoría; en la función ejecutiva, al contrario, la disensión es siempre un mal, porque toda disensión debilita, embaraza, sin ninguna compensación, las cualidades más esenciales: la prontitud y la energía.

Se desvanece también la responsabilidad. Resulta casi imposible, en medio de mutuas acusaciones, determinar sobre quién deben caer la censura o el castigo...; pues cada cual la echa sobre el otro, con tal habilidad y apariencias tan plausibles, que la opinión pública queda indecisa sin saber quién pudiera haber sido el verdadero autor...

"Cuando el poder se confía a varios hombres, bastante pocos en número, para que fácilmente puedan unir sus intereses y designios en una empresa común bajo la dirección de un jefe hábil, el poder es más susceptible de abuso y más peligroso, si el abuso existe, que cuando está en manos de un solo hombre. Porque a éste, por lo mismo que es solo, se le vigila estrechamente, es objeto de mayor suspicacia; sin que, por otra parte, pueda gozar de tanta influencia como cuando está asociado a otros. Los Decenviros de Roma, que así se llamaban por su número, eran mucho más temibles por sus usurpaciones, que lo hubiera sido uno solo de ellos."[1]

3. Su designación. Duración del mandato. — En este punto también hállanse frente a frente los dos sistemas opuestos, el de las Monarquías y el de las Repúblicas, que, aparte otras divergencias, se diferencian por el origen y por la duración del órgano supremo del Gobierno. En las Monárquías, ese órgano es vitalicio y hereditario; en las Repúblicas, el llamado Presidente es temporal y suele ser designado por elección verificada de varias maneras.

La designación del magistrado supremo en la República, se realiza en forma muy varia.

---

1 Véase la misma doctrina en ESMEIN: Op. cit., 2.ª parte, c. II.

1) Existe, en primer lugar, el tipo del Presidente *elegido por* todo *el cuerpo electoral* de la nación o *directamente* como en la Alemania de Weimar y Portugal, Colombia, etc.; o *indirectamente,* por compromisarios, como en Norteamérica, Méjico, Argentina, etc.

En *Portugal,* el Presidente de la República es elegido por la nación y para un período de siete años, pudiendo ser reelegido. Es el Tribunal Supremo de Justicia, ante el cual se hace el escrutinio definitivo, el que proclama Presidente al que haya reunido mayor número de votos. Para ser elegido Presidente se requiere ser ciudadano portugués, que haya tenido siempre la ciudadanía portuguesa, haya cumplido treinta y cinco años y que esté en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos. Están excluídos de la Presidencia los parientes hasta 6.º grado de los Reyes de Portugal (Const. port. arts. 72, 73 y 74).

En *Norteamérica,* el Presidente se elige por sufragio popular indirecto; es decir, por *compromisarios.* Por eso, la elección se descompone en dos actos: 1) elección de los compromisarios o electores del Presidente (y del Vicepresidente); 2) elección del Presidente (y Vicepresidente) por los compromisarios-electores.

Los compromisarios-electores se designan el mismo día, en todos los Estados, y en la forma que determina el poder legislativo de cada Estado. Cada Estado elige un número de compromisarios igual al de representantes y senadores que tiene derecho a nombrar. Actualmente se designan por sufragio popular. Los compromisarios electores se reúnen, el día señalado por el Congreso, en Washington, donde, en presencia de ambas Cámaras y presididos por el Presidente del Senado, tiene lugar la elección (y el escrutinio) del Presidente por mayoría absoluta de los electores.

Para ser Presidente se requiere haber nacido ciudadano de los EE. UU., treinta y cinco años de edad y residencia de catorce en el país. El Presidente es elegido para un período de cuatro años, pudiendo ser reelegido indefinidamente, conforme a la letra de la ley. Pero, por tradición iniciada por Washington, se rehusaba la tercera reelección, tradición conservada respetuosamente hasta nuestros días, y rota por *Franklin Roosevelt* que obtuvo una cuarta reelección sucesiva. Desde febrero de 1951, la enmienda 22 de la Constitución dispone que nadie ya (salvo el propio Truman) podrá ser Presidente por más de 10 años y, en casos anormales, de ocho.

El mismo sistema de elección presidencial se sigue en varios países americanos, como Méjico y Argentina. Si bien en Méjico está prohibida toda reelección, y en la Argentina no podía ser reelegido ningún Presidente sino con intervalo de un período, a tenor del art. 77 de la

Constitución de 1853, que ha sido sustituído, en la reforma de marzo de 1949, por el art. 78: "El Presidente y el Vicepresidente duran en sus cargos seis años y pueden ser relegidos".

En *Argentina* se requiere la calidad de católico para ser Presidente; mientras *Méjico* excluye de la Presidencia a los Ministros de cualquier culto.

2) *Por un segundo sistema* el Presidente de la República es elegido por el Parlamento: por el Parlamento solo o por el Parlamento reforzado por representantes de otros organismos nacionales.

En *Francia,* el Presidente es elegido por el Parlamento, por un período de siete años y puede ser reelegido una sola vez (Const. 1946). El cargo de Presidente es incompatible con toda otra función pública, siendo además inelegibles para la Presidencia los miembros de las familias que hayan reinado en Francia (arts. 29, 43 y 44).

En *Italia,* es elegido también el Presidente de la República por el Parlamento (ambas Cámaras) en sesión conjunta de sus miembros, para un período de siete años. Participan en la elección tres delegados de cada región, elegidos por los Consejos regionales, con representación de las minorías. La elección tiene lugar por escrutinio secreto requiriéndose la mayoría de los dos tercios de la Asamblea. Después del tercer escrutinio, basta la mayoría absoluta. Puede ser elegido cualquier ciudadano que haya cumplido cincuenta años y goce de los derechos civiles y políticos. La presidencia de la República es incompatible con cualquier otro cargo. (Cont. arts. 83 y 84.)

Este mismo sistema *mixto* estableció la Constitución de la segunda República española (1931). Era elegido el Presidente, con un mandato de seis años, conjuntamente por las Cortes y un número de compromisarios igual al de diputados. Estos compromisarios se elegían por sufragio universal directo, correspondiendo al Tribunal de Garantías Constitucionales el examen y aprobación de los poderes de los compromisarios. Duraba el mandato seis años, y podían ser elegidos los ciudadanos españoles mayores de cuarenta años, en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.

No fueron cortos los Constituyentes en las exclusiones. No podían, ni siquiera presentarse como candidatos: a) los miembros de las familias reinantes o ex-reinantes de cualquier país, sea cual fuere el parentesco que los una con el Jefe de las mismas; b) los eclesiásticos, los ministros de las varias confesiones y los religiosos profesos; c) los militares en activo, reserva o retirados que no lleven 10 años, cuando menos, en dicha situación (arts. 67 al 71).

Nótase, en general, en los autores y las Constituciones, salvo algunas excepciones, una tendencia favorable a la posibilidad de

la reelección indefinida y contraria a la brevedad del mandato presidencial. Sin embargo, en algunos países americanos, se mira con desconfianza el principio de la reelección. Ello se debe a la facilidad con que algunos Presidentes, a través de nuevas designaciones, han prolongado los poderes presidenciales desmesuradamente. De todos son conocidos los casos de Castro y Gómez en Venezuela, y, sobre todo, de Porfirio Díaz en Méjico. Fuera del corto intervalo de 1880-84, Díaz ocupó la presidencia de Méjico desde 1876 a 1910. El Presidente, dice Wilson, hablando del de los Estados Unidos, recibe el cese cuando comienza a aprender los deberes de su cargo *(Congresional government)*. Este acuerdo de opiniones en cuanto a la conveniencia de la reelección, proviene de la demasiada evidencia de los inconvenientes que acarrea la brevedad y aun la temporalidad del mandato presidencial.

"Es un principio general de la naturaleza humana, dice Hamilton, que un hombre se interesa con lo que posee en proporción de la certidumbre o inseguridad de su posesión; se interesará menos a lo que conserva a título precario e incierto, que a lo que tiene a título cierto y durable; y naturalmente que se sacrificará más a la conservación de lo uno que de lo otro."

"Esta observación no tiene menos fuerza cuando se trata de un privilegio político, de un honor, de un mandato público, que tratándose de un objeto privado. La conclusión es que el hombre que, en su calidad de magistrado supremo, sabe que, dentro de un término muy breve, ha de abandonar su puesto, se sentirá demasiado poco interesado a su función, para decidirse a correr el riesgo de sufrir una censura importante, pasar por graves inquietudes, si ello fuera necesario para el ejercicio independiente de su autoridad, para desafiar el mal humor, el desagrado y la contradicción, aun pasajeros, de una parte considerable de la nación, aun de la fracción dominante del Cuerpo legislativo".[1]

Otro de los grandes inconvenientes procede del desastroso efecto que producen la crisis presidenciales. "Con un Jefe temporal, la época de cada elección es una crisis para la patria; se producen escisiones, los espíritus se encandecen; a veces, se derrama sangre humana; el candidato más afortunado se arma de todo su poder para aplastar a su adversario; la necesidad de aumentar prosélitos, amigos,

1 *Le Federaliste*, n. LXXXI.

le compromete a distribuir, con efusión y parcialidad, empleos y favores; los partidos se suceden, se perpetúan los odios."[1]

De aquí las grandes ventajas que aconsejan que, al frente del poder gubernativo, se ponga un órgano unipersonal, vitalicio y hereditario, ventajas que se resumen en las que consigo traen la unidad, la independencia y la estabilidad. Pero no debe olvidarse, en cada país y en cada momento histórico, la fuerza de las grandes corrientes de opinión, sobre todo tradicionales, que influyen notabilísimamente en la posibilidad, conveniencia, y aun necesidad, para el buen gobierno, de determinadas instituciones y magistraturas.

Hemos de dar la amplitud conveniente a estas ideas más adelante, al hablar de las formas de Gobierno.

4. Responsabilidad del Jefe del Estado.[2] — Se entiende, en general, por responsabilidad la propiedad en virtud de la cual toda persona tiene que dar cuenta de sus actos libres y estar a sus consecuencias favorables o adversas.

Tratándose de la responsabilidad de los Jefes de Estado, prevalece en las Constituciones modernas el principio de la no responsabilidad, tanto de los monárquicos como de los republicanos. Y concretándonos, de momento, a los monárquicos, con frecuencia, en los documentos fundamentales, se califica la persona del Rey, no sólo de irresponsable, sino también de sagrada e inviolable. Es corriente también, en los tratados, la cita de la fórmula inglesa: "*El Rey no puede hacer mal.*" Y *Esmein* cita en su obra, tantas veces mencionada, las palabras de Pierre Ayrault que, ya en el siglo XVI, escribía: "Porque el Príncipe nunca puede cometer una falta sin que su falta no proceda de su Consejo, o por haberle inducido, o por no haberle disuadido, o por haberle obedecido demasiado pronto en cosa injusta."

Ya en estas palabras de Ayrault, aparece indicado el alcance o la solución que, en nuestros tiempos, se da a la ficción jurídica de que el Rey *no puede hacer mal:* obligar al Rey a que todos sus actos vayan respaldados con la firma de un Ministro que, con ello, asume todas las responsabilidades regias.

Pero aun cuando todavía no imperaban los regímenes representativos y se suponía que la soberanía radicaba en la persona del Rey, la razón fundamental de la irresponsabilidad regia es-

---

1 ORBAN: Op. cit., II, n. 95.

2 LOWEL: Op. cit., t. I, c. II; ORBAN: Op. cit., t. II, nn. 107 y ss.; ESMEIN: Op. cit. parte 1.ª, c. IV.

taba en que el Rey, como representante supremo de la soberanía, humanamente es inviolable e irresponsable, porque la *soberanía* lo es, como lo es también aun cuando se suponga que la soberanía radica en la población nacional y en las masas populares, a pesar de los desaciertos, de los enormes crímenes cometidos y daños inmensos ocasionados por esas masas. Humanamente, no hay autoridad superior a la soberanía que pueda exigir la responsabilidad. Queda la responsabilidad ante Dios y la Historia.

A esta razón fundamental, añaden los autores otras de conveniencia. Prácticamente, resultaría muy difícil y, con frecuencia, poco conveniente, exigir al monarca la responsabilidad, y el mismo intento de exigirla podría provocar desórdenes revolucionarios o conducir a la anarquía.[1]

Siempre queda para el caso de que la mala conducta del titular de la soberanía llegase hasta la tiranía y sin medios legales eficaces de remediarla, el recurso supremo de la facultad de la sociedad de imponerse por la fuerza al tirano, de deponerle, juzgarle y sancionarle convenientemente.

Para los Jefes supremos de la República, permanece el principio de su irresponsabilidad política asumida por sus Ministros, mientras la responsabilidad penal se limita a determinados delitos señalados en la ley.

Según la *Constitución italiana,* "El Presidente de la República no es responsable de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, salvo el delito de alta traición o atentado a la Constitución. En esos casos, será acusado en sesión conjunta por el Parlamento y juzgado por mayoría absoluta de sus miembros" (art. 90).

De manera similar, el Presidente francés (art. 42) no es responsable más que en el caso de alta traición, acusado por la Asamblea nacional ante el Alto Tribunal de Justicia.

En *Norteamérica* (y en conformidad con el carácter presidencialista del régimen), ni el Presidente ni sus Secretarios ministros son responsables políticamente ante el Congreso; pero sí puede incurrir el Presidente en responsabilidad penal por traición, cohecho y otros delitos o crímenes graves (art. 2.°, sec. IV). La tramitación se lleva a cabo por *impeachment,* acusación de la Cámara de representantes ante el Senado constituído en Tribunal, y presidido, en el caso de responsabilidad del Presidente, por el que lo sea del Tribunal Supremo de Jus-

1 V. ORBAN: Op. cit., t. II, n. 107.

ticia. Reconocida la responsabilidad, se pronuncia la *destitución,* quedando ya expedita la vía judicial, para los reatos convenientes.

En las últimas Constituciones republicanas europeas aparece, contra la opinión y práctica general, la responsabilidad política del Jefe del Estado, en determinadas circunstancias.

En la *Alemania* de Weimar se declaraba, en principio, la irresponsabilidad del Presidente. Pero podía el Reichstag (artículo 43), con la mayoría de los dos tercios de sus miembros, pedir al pueblo que declarara la destitución del Presidente, antes de que éste llegara al término de su mandato. Si el voto popular así lo acordaba, el Presidente cesaba en sus funciones. Caso evidente de responsabilidad política.

También incurría en responsabilidad penal por violación culpable de la Constitución o de una ley del Reich. La acusación había de partir del Reichstag con la firma, al menos, de 100 de sus miembros y con la mayoría de votos necesaria para la reforma de la Constitución. La causa se tramitaba ante el Alto Tribunal de Justicia.

El *Presidente francés* declarado irresponsable políticamente por el art. 42 de la Constitución, *de hecho* lo es; porque la Asamblea Nacional tiene medios de derribarle de la Presidencia, sin acusarle de ningún delito:

1) Rehusando dar su *placet* o prestar su confianza al Gobierno propuesto por el Presidente (caso de Millerant en 1926).

2) Declarando hallarse impedido el Presidente para ejercer su cargo por falta de autoridad moral o de confianza nacional.[1]

En la *España republicana* (1931), podía exigirse la responsabilidad política del Presidente, con la consiguiente destitución, en dos casos:

1) Al disolver el Presidente, por segunda vez, durante su mandato, las Cortes. Las nuevas Cortes reunidas han de examinar y resolver, en primer término, la necesidad de la disolución. El voto desfavorable acarrea la destitución del Presidente (art. 81).

2) Antes de que expire el mandato presidencial, a propuesta de las tres quintas partes del Congreso. La propuesta misma acarrea la suspensión de las funciones del Presidente. Convocados los compromisarios y reunidos con las Cortes, decidirán, por mayoría absoluta

---

1 M. PRÉLOT: *Précis de Droit Constitutionnel,* nn. 391, 392 y 393 (Dalloz-París, 1950); G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel,* p. 419 (Sirey-París, 1949); J. LAFERRIÈRE: Op. cit., p. 1.026.

de votos, sobre la propuesta. Aceptada ésta, la misma Asamblea elige nuevo Presidente. En caso contrario, queda disuelto el Congreso (artículo 82).

El Presidente de la segunda República española incurría en responsabilidad penal por "infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales" (art. 85). El Congreso, por acuerdo de las tres quintas partes de sus miembros, acusa al Presidente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. La mera admisión de la acusación por el Tribunal acarrea la destitución del Presidente y la elección del sucesor. La no admisión supone la disolución del Congreso.

Como en otros puntos, la Constitución portuguesa trae su nota de novedad (art. 78). La magistratura presidencial y el ejercicio de sus funciones son independientes de cualesquiera votaciones de la Asamblea nacional. El presidente responde directa y exclusivamente ante la nación por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Si se tratara de delitos ajenos al ejercicio de sus funciones presidenciales, responderá ante los Tribunales ordinarios, después de terminado su mandato.

5. El Ministerio: su fundamento y carácter.[1] — El Rey o Presidente de la República, titulares, con más o menos eficacia y propiedad, de las funciones gubernamentales, no ejercen esas funciones personalmente y por sí mismos. Necesitan del concurso de otras personas que se llaman sus Ministros, que en los tiempos modernos forman un Colegio o Corporación con unidad moral bien definida por la mutua dependencia y solidaridad con que deben actuar. A la reunión de esos Ministros se llama Ministerio.

Las razones de la existencia de los Ministros y de los Ministerios son varias. Basta la imposibilidad física y moral en que se encuentra una persona para concebir y dar cima a una labor extraordinariamente compleja y extensa como la que supone el ejercicio del Gobierno, para justificar la existencia, alrededor del Rey, de personas que con sus consejos, sus talentos y fuerzas, le ayudan a realizar esa labor. Añádase la necesidad y ventajas de la competencia y especialización técnica en cada uno de los ramos de administración, y se deducirá fácilmente que, cualquiera que sea la forma de Gobierno y los principios políticos

1 BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 639 y ss.; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho político*, nn. 192 y ss. (Madrid-Reus, 1939); ESMEIN-NEZARD: Op. cit., Pte. 1.ª, tít. 1.º, c. V.

que le informen, ha de estar rodeado el Monarca o Presidente de Ministros que laboren con él o por él en la gobernación de los pueblos.

Pero a estas razones, que pudiéramos llamar universales, se juntan otras transitorias, de índole moderna, que fluyen de la filosofía política hoy en boga y de la estructura peculiar de los Gobiernos contemporáneos. Así se dice que el Ministerio es consecuencia del carácter mixto de los Gobiernos modernos, aun los monárquicos. Mezcla de monarquías y democracias, con matiz más o menos parlamentario, se hace necesario un organismo político intermedio que aúne la acción directora que se concede a ambos elementos — el Rey y el pueblo — y ese organismo intermedio es el Ministerio. Además, se impone la necesidad de una magistratura suprema en que encarne la soberanía y que permanezca inalterable en medio de los vaivenes o variadísimos incidentes de la vida política activa y que sea como el supremo baluarte de la autoridad.

Para dar a ese Jefe supremo estabilidad, firmeza y hasta la santidad que a la autoridad soberana corresponde, se le hace inviolable e irresponsable de sus actos. Pero, para que esa inviolable irresponsabilidad no degenere en despotismo o en impasibilidad inerte, se le obliga a que deposite el ejercicio temporal de sus atribuciones en los Ministros, cuya labor se fiscaliza con toda eficacia y por todos los elementos que actualmente intervienen en la vida pública. Sirve, pues, el Ministerio de lazo de unión entre el Jefe del Estado y las Asambleas representativas; y, en las Monarquías, sirve para hacer efectiva la responsabilidad de los Reyes, a los que se les supone irresponsables, haciendo que los Ministros, con su concurso, tomen sobre sí la responsabilidad de toda la actividad política.

6. Origen y evolución histórica del Ministerio.[1] — Los Ministros modernos encuentran sus orígenes en la historia política de Inglaterra. La lucha entre la Corona y el Parlamento fué poco a poco, decidiéndose a favor de éste; y el Consejo privado del Rey, sólo responsable ante él y escogido libremente entre las personas de su confianza a título de fieles servidores, fué cambiando de ca-

1 ORBAN: Op. cit., t. II, nn. 131 y ss.; ESMEIN-NEZARD: Op. cit., parte 1.ª, tít. 1.º, c. V; DUPRIEZ: *Les Ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amerique*, Pte. 1.ª, c. I.

rácter. Exigió el Parlamento la dependencia política de los Ministros; es decir, que actuasen como Ministros los Jefes o representantes de las mayorías parlamentarias con cuya confianza habían de contar; y, puesta ya esta base, vinieron por su propio peso, la homogeneidad del Gabinete, su cohesión y solidaridad bajo un Jefe, la formación de grandes partidos, que, por medio de su cabeza y miembros preeminentes, formaban el Ministerio y asumían la dirección de los negocios públicos.

A este fin, durante el siglo XVIII y principios del XIX se hizo sentir la influencia de los grandes hombres de Estado, como Walpole y Pitt, hasta que el Ministerio fué adquiriendo el carácter y atribuciones que en la actualidad tiene en los países modernos. "Pitt, dice *Orban*, acabó con el aislamiento y autonomía de los diversos Ministerios sustituyéndola con la acción colectiva de los Ministros reunidos en Consejo y bajo la autoridad del primero de ellos, acción que logró poner a cubierto de la intervención continua y a veces intempestiva del Rey. Cuando se retiró, en 1801, habían ya cesado los abusos de la acción regia personal, y el Gabinete estaba realmente a la cabeza del Gobierno, y el pueblo había tomado la costumbre de buscar en él el promotor y protector de sus grandes intereses."[1]

Pero a pesar de que el origen histórico común de los modernos Gabinetes sea la Constitución inglesa, existen varias formas y tipos distintos de Ministerios, que se diferencian en la manera con que se designan sus miembros, en sus atribuciones, en la responsabilidad de sus actos, y en la dependencia en que están respecto del Jefe del Estado y de los Parlamentos. El tipo que se separó del inglés fué precisamente el que fundaron los hijos emancipados de Inglaterra en Norteamérica, que si bien copiaron mucho de las instituciones políticas de la metrópoli, se dejaron influir notabilísimamente de la teoría de la división de poderes de Montesquieu y del deseo de dar al Jefe del Estado más energía, unidad y vigor dentro de sus atribuciones; y el que conservaron algunas Monarquías alemanas, cuyos jefes supieron mantener sus atribuciones y facultades esenciales, libres, al menos, del dominio absoluto del Parlamento.

"No existe en el Gobierno de los Estados Unidos cosa que pueda compararse a un Gabinete, dice Bryce,[2] tomada esta pala-

1 Op. cit., II, n. 131.
2 Op. cit., t. I, c. IX.

bra en su sentido inglés. Pero me sirvo de este vocablo, no sólo porque se emplea corrientemente en América para designar a los Ministros del Presidente, sino porque atrae la atención sobre la notable diferencia que existe entre los grandes funcionarios del Estado en América y los funcionarios análogos de los países libres de Europa."

En efecto, las normas a que está sometida la designación de los Ministros en los países continentales que se parecen al tipo inglés, son las siguientes:

1) La designación de los Ministros, jurídica y oficialmente, corresponde al Rey o al Presidente; esa facultad debe ser libre; así lo expresan, a veces literalmente, varias Constituciones. Pero, por razones del sistema, esa libertad está subordinada a las exigencias de la mayoría del Parlamento, que reclama para sí los puestos ministeriales.

2) Los Ministros son responsables de sus actos ante el Parlamento, debiendo retirarse cuando hayan perdido su confianza. De donde se deduce que la libertad oficial del Jefe del Estado para nombrar y separar a los Ministros, queda, de hecho, muy limitada con la necesidad de escoger a aquellos que cuentan y conservan la confianza del Parlamento.

3) Los Ministros forman un organismo solidariamente responsable de su política y de sus actos.

Este sistema siguen la casi totalidad de los países de Europa, regidos por el régimen Constitucional.

El Gabinete de los Estados Unidos no reconoce ninguna de estas normas.[1]

1) El Presidente es absolutamente libre en la elección de sus Ministros, pudiendo escogerlos entre personas que no pertenecen a ninguna de las Cámaras, ni que se mezclen en la vida activa política del país.

2) Los Ministros dependen de la persona del Presidente; no son responsables ante las Cámaras, ni se presentan ante ellas a dar cuenta de sus actos; ni, por cualquier voto de las Cámaras, ni denegación de recursos que hayan solicitado, pierden su situación junto al Presidente, ni tienen por qué presentar la dimisión.

3) No forma tampoco un organismo homogéneo y unido, con solidaridad de miras y responsabilidades. Cada uno es un auxiliar del Presidente en el departamento ministerial que le ha sido designado.

Este sistema siguen casi todas las Repúblicas sudamericanas; lo

---

1 W. B. MUNRO: *The government of the United States*, c. XIII.

seguía también el extinto Imperio alemán, y la nueva Constitución portuguesa de 1939.

Tendremos ocasión de explanar estas ideas al hablar de las formas de Gobierno.

Pero además de estos dos tipos clásicos, se da otra forma de Ministerio que pudiéramos llamar *Convencional* (de convención), en la que los Ministros, subordinados totalmente al Parlamento, son simplemente comisionados o agentes de la Asamblea Nacional. A este tipo correspondía el Ministerio de la Constitución francesa de 1792, elegido por el *Cuerpo Legislativo*. Y tal es también el Consejo de Ministros o de Comisarios del pueblo de la U.R.S.S.[1] Órgano supremo administrativo y ejecutivo del poder del Estado y nombrado por el *Soviet Supremo* de la U.R.S.S., es responsable ante él. Consta de *Ministros de la Unión*, que de modo inmediato y por sus propios órganos, ejercen las facultades exclusivas de la Federación; y de *Ministros federales*, que de modo mediato, a través de los Ministros de las Repúblicas federadas, ejercen sus funciones y sólo de modo directo en asuntos determinados, como los de Defensa nacional y Negocios extranjeros. Se comprende que, dada la enorme amplitud de las actividades del Estado soviético, sea también grande el número de Ministros, que han llegado a 59. Pero la necesidad de una dirección política y administrativa única, firme y totalitaria ha creado, en el seno del Consejo de Comisarios, un gabinete restringido, cuyos miembros (y esto es capitalísimo para comprender la naturaleza del Estado Soviético) suelen coincidir numérica, y aun particularmente, con los de la Oficina política del Partido Comunista. Ese cuerpo (oficina política del Partido Comunista) tiene por misión la dirección del Consejo de Ministros, y de toda la política y administración, y representa, actualmente, el Gobierno propiamente dicho del Estado soviético. Sin embargo, de la Oficina política del Partido Comunista no hay la menor alusión en la Constitución soviética.[2]

---

1 Véase *Constitución soviética de 1936*, c. VI.

2 GASPARE AMBROSINI: *La Nuova Costituzione soviética* (Palermo-Trimarchi); MANUEL GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional comparado*, capítulo XI (Rev. de Occidente. Madrid); LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *El Derecho Constitucional en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, U.R.S.S. y Portugal* (Granada, 1948); DIEGO SEVILLA ANDRÉS: *Tratado de Derecho Constitucional* (Legislación extranjera) (Aeternitas. Valencia, 1947); F. MORSTEIN: *Foreign Governments*, c. 22-2.

Merece también mención aparte el Gobierno o Ministerio suizo. Es Gobierno *colegiado,* compuesto de siete miembros, elegidos por 4 años por la Asamblea nacional. En esa magistratura colegiada (y en la persona del Presidente) se concentran la Jefatura del Estado y la del Gobierno. Pero la nota característica de esta magistratura aparece en que, si bien cada miembro del Gobierno tiene asignado un Departamento (dentro del cual, con la reforma de 1914, el titular posee facultad de decisión en ciertos asuntos), las decisiones son colegiadas o de todo el Gobierno. Y aunque el Ministerio es responsable ante la Asamblea nacional, ni esa responsabilidad, ni el nombramiento y separación de los Ministros se ajusta a los cánones del sistema parlamentario.[1]

7. Número de Ministros. Sus atribuciones — La multiplicidad y variedad de los miembros de Gabinete responde a razones de índole política y administrativa.

Razones de carácter administrativo han hecho que existiera esa variedad de Ministros, aun antes del régimen Constitucional moderno. Porque, lo hemos dicho varias veces, la múltiple complejidad y diversa naturaleza de los asuntos de Gobierno superan la capacidad individual; y, cualquiera que sea la forma de Gobierno, la ley de división de trabajo y su especialización técnica requieren el esfuerzo y colaboración de varias personas. Así, en la época de régimen absoluto, Fernando VI, para citar un ejemplo, estableció cinco secretarías: Estado, Gracia y Justicia, Hacienda, Marina, Indias y Guerra.[2] Por consiguiente, los asuntos y funciones, en sí mismos, ofrecen base más que suficiente para hacer una adecuada distribución de departamentos ministeriales; base que, por ser objetiva, ha dado lugar a que en todos los países de civilización política un poco adelantada, existan un cierto número de Ministerios iguales en sus funciones y aun en el nombre.

Pero a este criterio objetivo de división, deben juntarse otros, como son la presentación de nuevos problemas de carácter público que reclaman especial atención, la tradición histórica de cada

---

1 MANUEL GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional comparado,* capítulo X; SAUSER-HALL: *Guide Politique Suisse.* Payot-Lausanne, 2.ª parte, capítulo V.

2 Nov. recp., Lib. 3.°, Tít. VI, Leyes 7 a 11.

país y la forma lentamente evolutiva o violenta en que se ha desarrollado. A esta causa se debe la particular organización que presenta el Ministerio en Inglaterra.

Las razones políticas se reducen al ya asendereado temor del despotismo, fruto espontáneo de toda concentración de poderes en una mano; y, en los llamados Gobiernos parlamentarios, a la necesidad de que las diversas fracciones de la Cámara o al menos de la mayoría, tengan allí su representación. Estas mismas razones explican los llamados Ministros *sin cartera:* Ministros a los que no se les encomienda ningún departamento ni misión administrativa, y sólo intervienen como representantes de una tendencia política. En general, el Presidente del Consejo de Ministros es Ministro sin cartera.

Esto supuesto, en todos los países existen los Ministerios de Estado, Hacienda, Justicia, Gobernación (Interior), Guerra, Marina, Fomento (Agricultura, Comercio, Industria), Trabajo...

Las condiciones especiales de cada país darán lugar a determinados Ministerios. Nada tiene de particular que Inglaterra o Francia tengan un Ministro de colonias y no lo tenga Suiza; y que Holanda tenga uno de servicio de aguas (Waterstaat).

En el Gobierno inglés[1] se distinguen el Gabinete y el Ministerio. El *Gabinete* está formado, dentro del Ministerio, por un número restringido de Ministros (Ministros principales de su Majestad) escogidos por el *Premier* (Presidente del Consejo de Ministros), y en cuyas manos está la dirección política del país.

El Ministerio es un organismo más amplio que abarca a todos los que están al frente de un departamento ministerial, algunos subsecretarios y otros varios titulares de altos cargos. El Ministerio lo forma el *Premier,* quien propone al Rey a los que elige, y a los que Su Majestad nombra o separa conforme a aquella propuesta.

Ni siquiera todos los miembros del Ministerio llevan el título de Ministros. Se denominan algunos *Secretarios de Estado* (para el Interior, Negocios extranjeros, etc.) Presidentes, Ministros (de Comercio, Educación, etc.) o llevan nombres tradicionales como Primer Lord del Almirantazgo, Canciller del Ducado de Lancaster, etc.

El número de Ministros (y aun de miembros del Gabinete) es variable y depende de la tradición y de nuevas necesidades que se presenten. Actualmente y en épocas normales, llegan a veinte.[2] Forman

---

1 F. MORSTEIN: *Foreign Governments,* c. III, n. 2 (New York. Prentice-Hall, 1950).

2 TODD-WALPOLE: *Parlamentary government,* t. II.

necesariamente en el Gabinete: el primer Lord de la Tesorería, el Canciller del Echiquier (Hacienda), el Lord Canciller (Presidente de los Lores), el primer Lord del Almirantazgo, el Lord presidente del Consejo privado, los cinco secretarios de Estado (Interior, Negocios extranjeros, Guerra, Colonias y de la India).

A estos diez personajes, el primer Ministro añade un número de elevados funcionarios del Estado, a título permanente o transitorio, a los que recluta de la mayoría parlamentaria y que deben retirarse con el Ministerio. Tales son: los tres Lores de la Tesorería, el Lord del sello privado, los cinco Lores del Almirantazgo, el Canciller del ducado de Lancaster, presidente de la Comisión de Agricultura (Ministro de Agricultura), ídem de Comercio, de Administración local, Consejo de educación, Trabajos y edificios públicos, etc.[1]

Esta organización es típicamente inglesa. En los demás países el número de Ministros está determinado por la ley o por decretos del Ejecutivo. En algunos países, los Subsecretarios se acercan a la categoría de Ministros, forman parte del Ministerio e intervienen en sus deliberaciones.

En el antiguo régimen, los Ministros tenían todas y sólo aquellas facultades que los Reyes, según su arbitrio, les delegaba.

Pero en el régimen constitucional moderno, forman un organismo con poderes propios señalados en la Constitución. Sus atribuciones múltiples e importantísimas, gubernamentales y administrativas, pueden resumirse en los siguientes puntos:

1) Refrendan, con sus firmas, todos los actos del Rey o del Jefe del Estado. En este sentido, puede decirse que tiene todos sus poderes, puesto que les corresponde su actuación y desarrollo temporal y responsable. Por eso dice muy bien Orlando:[2] "Los poderes del Gabinete son correlativos de la Corona."

2) Preparan el presupuesto, el general y el particular de cada departamento ministerial; lo presentan a las Cortes, dirigen allí su discusión, y, una vez aprobado, lo aplican. La labor de preparación de cada departamento pertenece al Ministro correspondiente; la labor de acoplamiento y de conjunto al Ministro de Hacienda, que somete luego su obra, primero al Consejo de Ministros y luego al Parlamento.

---

1 Véanse FLANDIN: t. I, Inglaterra; ANSON: *La Couronne*, c. IV; LOWEL: t. I, parte 1.ª, c. III; GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional comparado*, p. 215.

2 Op. cit., n. 313.

3) Cada Ministerio es el centro y supremo rector de una rama de administración que se extiende por todo el país y del que dependen innumerables agentes secundarios.

Desde este punto de vista, las facultades administrativas de los Ministros son regladas y tienden a la gestión de los servicios públicos mediante la *información* de necesidades, la *iniciativa* proponiendo proyectos al Rey o al Consejo, y la ejecución.[1]

4) Pueden también tener los Ministros poderes delegados y especiales de las Cortes o del Rey. No se vislumbra, en esta delegación, nada que pudiera pugnar con ningún principio fundamental moderno político, mientras que claramente se ve cuánto pudiera convenir a la buena dirección y marcha de los negocios públicos.

8. Responsabilidad ministerial: sus clases.[2] Indicación histórica. — Acabamos de definir la responsabilidad como propiedad, en virtud de la cual toda persona tiene que dar cuenta de sus actos libres y estar a sus consecuencias favorables o adversas.

Distinguen los autores modernos tres clases de responsabilidad ministerial: la política, la penal y la civil.

En *responsabilidad política* incurren los Ministros o el Ministerio, perdiendo, por actos determinados o por su gestión pública general, la confianza del Jefe del Estado o de las Cámaras. Como consecuencia, esta responsabilidad acarrea la obligación moral de presentar la dimisión y la pérdida del poder.

Se da lugar a la *responsabilidad penal* cuando un Ministro, en el ejercicio de sus funciones, comete un delito o realiza actos o cae en omisiones a él imputables, y de los que se derivan daños y perjuicios graves al país.

Nace la *responsabilidad civil* cuando un Ministro lesiona, injustamente, los derechos del Estado o de los particulares; trae, como consecuencia, la obligación de resarcir el perjuicio causado.

Claro es que, cuando se trata de responsabilidad ministerial, no puede entenderse sino de la responsabilidad en que incurren

---

1 Es materia del Derecho administrativo dar la debida amplitud a estos principios sobre la naturaleza y alcance de estas atribuciones ministeriales y explicar la forma y medios de su desarrollo práctico.

2 RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., n. 195; G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, pp. 458 y ss.; F. MORSTEIN: *Foreign Governments* (passim).

los Ministros, como tales; es decir, en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad en que pueden incurrir los Ministros y altos funcionarios del Estado está en natural correlación con la responsabilidad de los Jefes de Estado. Declarados éstos, monárquicos o republicanos, irresponsables en la forma expuesta en páginas anteriores, han sido, en su lugar, declarados responsables los Ministros, tanto de los actos del Jefe del Estado, respaldados con la firma de ellos, como de los suyos propios en el ejercicio de sus funciones.

En los comienzos, la responsabilidad exigida a los Ministros era de tipo penal, por el procedimiento llamado *impeachment,* acusación promovida y sostenida por la Cámara de los Comunes, ante la de los Lores, constituída en Tribunal. Probada la acusación, acarreaba, además de la deposición del inculpado, la imposición de penas graves.

El procedimiento del *impeachment* con alcance penal pasó a la Constitución norteamericana primero, y luego a los países de ambos Continentes. Pero la evolución de la vida política, tan característica en Inglaterra, hizo que fuese cayendo en desuso la exigencia de la responsabilidad penal, sustituída por el procedimiento parlamentario de exigir la responsabilidad política, por motivos meramente políticos o mala gestión ministerial, que ocasionaba la dimisión o pérdida del cargo ministerial.

Fué precisamente el Ministro Walpole (en 1741) quien reconoció y aceptó, por primera vez, la conveniencia de la dimisión de su Ministerio por motivos meramente políticos, por falta de la confianza del Parlamento.

Actualmente, en los países modernos, en la doctrina y en la práctica constitucional, se distinguen y señalan con precisión las tres clases de responsabilidad, los motivos por los que los Ministros incurren en ellas, y el procedimiento para exigirlas.

a) RESPONSABILIDAD POLÍTICA.[1] — Son responsables políticamente los Ministros en el régimen parlamentario, monárquico o republicano, ante las Cámaras y ante el Rey.[2]

---

1 ESMEIN-NEZARD: Op. cit., Pte. segunda, c. IV; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 708; ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale,* nn. 316 y ss.; G. BALLADORE PALLIERI: *Diritto costituzionale,* n. 89 (secondo la nuova costituzione). Milano, 1949.

2 Hablan algunos de la responsabilidad política ante la *opinión pública,* que tiene por sanción las censuras de la Prensa libre, las manifestaciones del sentimiento público en mitines, peticiones, etc. Pero no creemos

Son responsables políticamente los Ministros, ante las Cámaras, de todos los actos del Rey y de todos sus actos propios realizados como Ministros... Y no sólo de sus actos positivos, sino también de sus omisiones, negligencias, inacción... Se exige prácticamente la responsabilidad, por todos los medios que el procedimiento parlamentario pone en manos de los representantes en Cortes, como son las preguntas, interpelaciones, informaciones, votos de censura, etc.

Si pierde el Ministerio la confianza de las Cámaras (lo que se hará patente en los acuerdos y votos de las mismas), se ve obligado a presentar la dimisión y retirarse del poder. Sin embargo, no se juzga que el Ministerio ha perdido la confianza de la Cámara por cualquier votación adversa que haya sufrido, sino sólo en aquellos asuntos en que el Gobierno haya asumido toda la responsabilidad, haciendo de ellos, como se dice en España, cuestión de Gabinete; es decir, declarando el asunto como parte esencial del programa del Gobierno, del que no puede prescindir en la manera con que entiende la acción pública.

La responsabilidad ministerial puede ser *solidaria* o *colectiva* e *individual.* La *solidaria* es la que alcanza a todo el Ministerio, porque todos se hacen responsables. La *individual* es aquella en que incurre sólo un Ministro.

Suponen algunos que la responsabilidad ministerial debe ser siempre y sólo colectiva; es decir, que todos y cada uno de los Ministros deben hacerse solidarios de los acuerdos y actos de los demás compañeros. Pero esto depende de la forma de Gobierno, parlamentario o estrictamente representativo, de que nos ocuparemos más tarde.

Existe en Inglaterra la costumbre de que las crisis ministeriales sólo puedan producirse ante la Cámara de los Comunes y no ante la de los Lores. Tiene su origen esta costumbre en el carácter especial que en aquel Reino tiene la Cámara Alta. Pero cada día se va acentuando más ese exclusivismo político en favor de la Cámara de los Comunes y en perjuicio de la de los Lores. La progresiva decadencia política de los Lores es demasiado manifiesta, como aparece en el Acta de 1911, que mutiló sus facultades esenciales colegisladoras, y en los proyectos de reforma radical de la Alta Cámara.

---

que sea la responsabilidad legal de que aquí hablamos. Por eso, la responsabilidad ante la opinión pública no es exclusiva de los Ministros, sino de todas las instituciones públicas del Estado, y aun puede decirse de los particulares, en asuntos y cosas que nada tienen que ver con la actividad pública.

En los demás países en que se mantenga la regla general de que ambas Cámaras son iguales en facultades (fuera del privilegio de la prelación en la discusión de determinados proyectos), la responsabilidad ha de ser igual ante la primera y ante la segunda Cámara. Ambas, pues, retirándoles su confianza, pueden provocar la caída de los Ministerios. Sin embargo, en las novísimas Constituciones parlamentarias, con excepción de Portugal, se percibe clara la tendencia a concentrar en la Cámara Baja los poderes políticos.

En la Francia de las leyes de 1875 se discutió vivamente el problema, pretendiendo *Esmein* aplicar la doctrina inglesa a la Constitución francesa.[1] Apoyábase para ello en el carácter conservador del Senado francés; en que el Senado no emana directamente de la nación; en que, no teniendo el Presidente de la República (el Ministerio) el derecho de disolución de la Alta Cámara, si el Ministerio fuese al mismo tiempo responsable ante ella y se viese obligado a dimitir ante su voto adverso, había de encontrarse ante un poder omnipotente, contra el que no cabría ni defensa ni reacción.

No parecen convencer estas razones. El diverso sistema de reclutamiento empleado para el Senado, no impide que sea éste verdadera representación del país. Y suponiendo que sea la misión moderadora la que compete al Senado (exclusiva o predominantemente), obraría conforme a ella derribando a un Gobierno inconsiderado y revolucionario que pusiese en peligro los intereses nacionales.

Además, el texto de la ley, en Francia, es favorable al Senado. Y en todo caso, añade Barthelemy J. *(Le gouvernement de la France. Les Ministres)*, el Senado ha mostrado el movimiento andando: derriba Ministerios, como el de Bourgeois en 1894 y el de Briand en 1913.

La Constitución de 1946 ha dado una solución categórica al problema. Los Ministros son colectivamente responsables ante la Asamblea nacional de la política general del Gabinete e individualmente de sus actos personales. No son responsables ante el Consejo de la República (art. 48).

Responsabilidad ante el Rey. — Existe y es legítima esa responsabilidad, no sólo en las monarquías representativas, sino en las parlamentarias, y son, por lo tanto, legítimas las crisis provocadas por el desacuerdo de los Ministros con el Jefe del Estado y que se llaman *extraparlamentarias.*

Decimos que tienen fundamento jurídico verdadero, porque las atribuciones reales no son vanas, no son un fantasma o un artificio engañoso. Tiene, pues, el Rey verdadera autoridad, la

1 Op. cit., parte 2.ª, c. IV.

que la Constitución le otorga, y en su nombre la ejercen los Ministros, que de ella salen responsables con su firma. Representan, pues, a la Corona; y es contradictorio que la representen estando en desacuerdo con ella. Las teorías que convierten al Monarca en un ente sin voluntad, que no puede pensar sino lo que otros le inspiran, ni querer sino lo que otros le insinúan, sobre carecer de base sólida científica, son teorías antinaturales, pues no existen, ni pueden existir tales entes, mucho menos pueden existir con el decoro que exigen su dignidad propia y de la sociedad que representan.

Sin embargo, las corrientes modernas, que en el fondo no van sino a la destrucción de la autoridad monárquica, tienden a hacer cada vez más raras las crisis extraparlamentarias. Y en la práctica dependen, no sólo de la letra de la Constitución de cada país, sino en particular del espíritu con que se practica y de la costumbre que prevalezca, y como hace notar Dupriez, refiriéndose a Bélgica, del carácter y cualidades personales de los Príncipes, que han ocupado el trono en Bélgica.[1]

b) RESPONSABILIDAD PENAL.[2] — En ella incurren los Ministros por actos u omisiones punibles en el ejercicio de sus funciones. Es evidente la posibilidad de esas infracciones y la justicia de la cuenta que se les deba exigir y la pena que se les imponga.

Pero admiten las legislaciones modernas una doble excepción, de carácter privilegiado, en favor de los Ministros: 1) una que se refiere a la acusación, que, necesariamente, ha de partir de la Cámara Baja; 2) otra, la del Tribunal sentenciador, que no ha de ser de los ordinarios.

El primer privilegio y garantía (de que sólo puede promover la acusación la Cámara Baja) se justifica por altas razones, dicen sus patrocinadores, jurídico-políticas.[3] Pues no puede admitirse que el Ministerio público subordinado del poder ejecuti-

---

1 Véase L. DUPRIEZ: *Les Ministres dans le principaux pays d'Europe et d'Amerique;* ORBAN: Op. cit., II, nn. 144 y ss.; J. RUIZ CASTRILLO: *Antonio Maura, Treinta y cinco años de vida pública,* t. II, c. II: *La corona y los Ministros.*

2 BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 868 y ss.; ORBAN: Op. cit., t. II, nn. 145 y ss.; RAZÓN Y FE: *La responsabilidad de los Ministros de la Corona,* tomo, 66, mayo, 1923; DUPRIEZ: Op. cit.

3 ORLANDO: Op. cit., n. 325.

vo, pueda promover una acción penal contra sus superiores directos. Ni tampoco puede concederse a todo ciudadano el derecho de llevar, con carácter de acusado, ante un magistrado a los Jefes del Gobierno, representantes de la Corona. En este caso, se multiplicarían hasta el infinito los procesos contra el Estado.[1]

Respecto del segundo privilegio, concuerdan las legislaciones en que no sean los Tribunales de la jurisdicción ordinaria los llamados a juzgar a los Ministros. Pero difieren en la designación del nuevo Tribunal que ha de sustituir al ordinario.

Según el sistema inglés, que siguieron *Francia* (Leyes Const. de 1875), *España* (Const. 1845 — art. 39, 3.º), *Italia* (Estatuto de 1848 — arts. 47, 35 y 37), *Checoeslovaquia,* (art. 79) etc., es una Asamblea política, el Senado, ya que, para estos actos, se constituye en Tribunal. Lo cual se justifica, no sólo por la especial solemnidad del juicio, sino porque, en él, interviene un aspecto de orden político, para el que no puede juzgarse competente el poder judicial ordinario.[2]

Pero, según otro sistema, que sigue la Constitución belga (art. 90), debe el poder judicial, en su más alta representación, el Tribunal Supremo, juzgar a los Ministros. "En cuanto al juicio de los Ministros, el Congreso nacional no ha querido confiarlo al Senado, a causa de su carácter electivo, *político por consiguiente,* ni al Jurado ordinario de las Audiencias, ni a un alto Jurado extraordinario, compuestos ambos de ciudadanos mezclados en las luchas políticas; ni a los Tribunales correccionales, ante los cuales había de echarse de menos la solemnidad. La jurisdicción más adecuada para fallar en las acusaciones intentadas contra los Ministros, pareció ser el Tribunal de casación, como compuesto de magistrados que ya nada pueden esperar del poder, rodeados del aprecio universal, honrados con la confianza del país, inamovibles, ostentando todas las garantías posibles de independencia, imparcialidad e instrucción".[3]

---

1 Expuestos todos los días, dice M Girón, a lastimar intereses y a suscitar odios y rencores, deben los Ministros estar protegidos contra el peligro incesante de acusaciones y acciones judiciales, encaminadas a poner en peligro su honor y su fortuna, a embarazar los trabajos y desacreditar al Gobierno todo entero (ORBAN: Op. cit. t. II, n. 145).

2 ORLANDO: Op. cit., n. 325.

3 ORBAN: Loc. cit., n. 145. Ha adoptado también este sistema la Constitución francesa de 1946 (art. 57): "Los ministros pueden ser acusados

Finalmente existe un sistema mixto que encomienda la misión de juzgar a los Ministros a un Tribunal, en cuya formación tienen alguna participación las Cámaras. Así, la Constitución republicana española de 1931 (arts. 92 y 122), e italiana de 1947 (arts. 96 y 104). En cambio, Portugal somete a los Ministros a los Tribunales ordinarios por los actos que envuelvan responsabilidad civil o criminal (art. 114).

El axioma "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege". Pero la cuestión más interesante en esta materia es la que se refiere al alcance de la responsabilidad penal de los Ministros. Tiene aplicación en ella el axioma de derecho penal *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.*

Según una opinión, los Ministros no pueden ser acusados por la Cámara Baja ni juzgados por el Senado, sino por acciones que estén calificadas de delitos en el Código penal. Y ello, por una aplicación lógica y necesaria del principio de Derecho penal antes citado. De otra suerte, si al Alto Tribunal encargado de juzgar a los Ministros se le concedieran poderes arbitrales para apreciar, como delitos, actos u omisiones no calificados como tales en el Código penal y determinar la pena, se le concedería un poder sin límites, sin garantías y, por lo tanto, un poder tiránico.

Esta opinión defendió en Francia el profesor *Duguit,* escribiendo:[1] "La responsabilidad penal, completamente distinta hoy en día de la responsabilidad política, no puede exigirse sino cuando un Ministro ha cometido en el ejercicio de sus funciones un hecho previsto y definido por la ley penal y que constituye, según ella, una infracción". Y agrega que la teoría contraria, la que admite que puede condenarse a un Ministro por actos no previstos como delitos en la ley penal, es insostenible bajo el imperio de una Constitución, como la de 1875, que separa claramente las dos clases de responsabilidad.[2]

---

por la Asamblea nacional ante el Tribunal Supremo de Justicia", la Alemania de Weimar (art. 59); Polonia (Const. de 1921, art. 59); Rumania (Const. de 1923, art. 98), etc.

1 *Manuel de Droit constitutionnel,* párr. 146 de la edición de 1907; repite las mismas palabras en la edición del mismo *Manuel...* de 1918, párrafo 122. Insiste en la misma opinión en su *Traité de Droit constitutionnel,* tomo IV, párr. 36, 2.ª edic. 1924.

2 La misma teoría defendieron en el Congreso español los Sres. Alcalá Zamora y Álvarez (D. Melquíades) en el debate suscitado con ocasión

Pero la opinión contraria, la que, admitiendo la responsabilidad legal delictiva de los Ministros, concede además al Alto Tribunal (el Senado o el Tribunal Supremo, o el especialmente creado para ello) facultades discrecionales para apreciar como delitos actos de los Ministros no considerados como tales en el Código penal y aplicarles la pena correspondiente, es más razonable en teoría y también la más corriente, por no decir generalmente aceptada, en las Constituciones modernas.[1]

Es, en teoría, decimos, más razonable. Si los Ministros sólo fueran responsables de actos que tuvieran consideración de delitos en el Código penal, gozarían de verdadera impunidad en una esfera amplísima de su gestión ministerial; lo cual parece no puede admitirse. Porque el campo de las facultades discrecionales de los Ministros es tan inmenso, y tan variada su actuación, que puede resultar lícita o culpable, oportuna o perjudicial, laudable o criminal, según las circunstancias y momentos, que siempre será imposible a los artículos de una ley encerrarlos, de antemano, en las categorías definidas de delitos o faltas. Según la teoría contraria, todo ello, aunque originase, por imprevisión, torpeza manifiesta o inoportunidad culpable del Ministro, daños irreparables y ruinas a la nación, había de quedar impune por carecer de calificación delictiva en la ley, lo cual, por otra parte, es imposible.

Y es que las obligaciones que van anejas al cargo y función ministerial son, por peculiar naturaleza, obligaciones especialísimas, que por la íntima correlación que debe existir entre la obligación y la responsabilidad, engendran responsabilidades no comunes. Tales que, aun cabe en la práctica que un interés público evidente obligue, en momentos dados, a los Ministros a la suspensión o contradicción de los preceptos de una ley.

Las modernas Constituciones, en general, encabezadas por el sistema tradicional inglés, siguen esa tendencia. La Constitución belga, en su art. 134, establece que hasta que se determine por una ley (aún no dictada), la Cámara de representantes tendrá poder discrecional para acusar a un Ministro y el Tribunal de casación para juzgarle, *caracterizando el delito y determinando la pena.*

Del mismo modo, la Constitución yugoeslava (mayo de 1921), tratando de la acusación promovida por el Rey o la Asamblea nacional

---

de las responsabilidades que pudieran derivarse del desastre de Melilla de julio de 1921.

1 Esta teoría defendió en el Congreso español el Sr. Maura; véase Extracto Oficial del *Diario de Sesiones*, número 111, y J. RUIZ CASTRILLO: *Antonio Maura*, y "*Razón y Fe*", t. 66 en los lugares poco ha citados.

contra los Ministros, determinaba (art. 93): "*Para las infracciones no previstas en el Código penal,* las penas serán determinadas por una ley sobre la responsabilidad de los Ministros".

En Francia, contra la opinión de Duguit antes citada, la *interpretación oficial* se decide claramente en favor de las facultades arbitrales del Senado. Así lo confirma el Prof. Nezard, en la última edición de la obra del Prof. Esmein: "La cuestión ha sido ya resuelta en este sentido (en el de conceder poder arbitral al Senado) por el fallo del Alto Tribunal de 6 de agosto de 1918, en consonancia con las tradiciones del Gobierno parlamentario y con la segunda petición del Procurador general, fechada el 2 de agosto de 1918. En efecto; el ex-Ministro acusado fué absuelto del crimen de traición, pero condenado por el de prevaricación; ahora bien, el Tribunal ha calificado de prevaricación actos no señalados por los arts. 166-167 del Código penal y los ha castigado con destierro, pena que dichos artículos no prevén, dejando a un lado la de degradación civil que, a su vez, aplica el artículo 167. El Tribunal no se ha apoyado en esos artículos; simplemente ha afirmado su poder soberano de crear el delito y la pena".[1]

Otras legislaciones, aunque no hayan llegado a declaraciones tan explícitas, siguen la misma doctrina al promulgar, o al anunciar la promulgación de una *ley especial* sobre responsabilidad ministerial, o simplemente al proclamar la existencia de una responsabilidad ministerial sin concretar los casos en los que en ella se incurre. La Constitución polaca (art. 59) dice que "la responsabilidad constitucional de los Ministros y las modalidades del procedimiento para exigirla, se determinarán por una ley especial". Idéntica regla propone la checoeslovaca (art. 79). Ahora bien: huelgan esas leyes especiales, si la responsabilidad había de limitarse a los delitos ya legalmente definidos.

Ni el Estatuto italiano de 1848, ni la reciente Constitución de 1947, contienen ningún precepto sobre este punto: "Nuestro Derecho positivo, dice Orlando,[2] carece de una ley relativa a la materia. Se ha discutido si conviene o no hacerla, y no han faltado en Italia proposiciones concretas hechas en la Cámara legislativa. Nosotros preferimos la opinión de aquellos que no creen en la necesidad, ni en la conveniencia de semejante ley". Prueba evidente de la imposibilidad o gran dificultad de encuadrar, en clasificaciones definidas, la responsabilidad ministerial; es necesario dejarla al aprecio prudente de un Tribunal cuidadosamente establecido.

Ni la violación, en este caso, del axioma "*nullum crimen sine lege,*

---

1 Véase ESMEIN-NEZARD. Edición de 1928, t. p. 287; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., Ed. 1933, p. 880. Ambos autores discuten ampliamente el problema.

2 Op. cit., n. 327.

nulla poena sine lege" otorgaría a ese Tribunal un poder sin límites, sin garantías, y, por lo mismo, un poder tiránico, como oponen los partidarios del primer sistema. Una cosa es conceder jurisdicción discrecional para calificar delitos y penas a todos los Tribunales para la administración de la justicia, en general; y otra cosa muy distinta a un Tribunal especial y para casos también especiales. A este fin, en los altos Tribunales de que se trata, se procura acumular tales condiciones de competencia, cultura, alteza de miras e imparcialidad, que alejen el peligro de toda tiranía caprichosa y sean la garantía más que suficiente del acierto y rectitud de su actuación.

c) RESPONSABILIDAD CIVIL. — La responsabilidad civil, por los daños y perjuicios causados, injustamente, por una acción ministerial, puede ser subsidiaria de la penal, y puede ser también independiente, cuando no hay infracción de carácter penal, sino sólo falta civil o meramente ignorancia o negligencia ilícita.

Respecto del Tribunal sentenciador, pueden ser los ordinarios, o pueden ser especiales, en atención a la persona presunta autora del daño. No aparece tan clara, en este caso, la necesidad o conveniencia de los procedimientos especiales como en la esfera penal. Sin embargo, aunque no tan acentuados, existen los mismos motivos, y las legislaciones así lo comprenden, como puede comprobarse consultándolas.

9. Cuerpo de funcionarios administrativos: sus caracteres. — Según indicábamos, el Príncipe o Jefe de un Estado no es más que la cabeza de la organización gubernamental o administrativa; y con él han de colaborar activamente los Ministros y una legión numerosísima de órganos individuales y colectivos, funcionarios y empleados de todas clases y grados. Estos funcionarios y empleados, en contraposición de los Ministros y del Jefe del Estado, forman el tercero y último grado de la jerarquía administrativa, al que hemos de dedicar muy pocas líneas, por ser el Derecho Administrativo el lugar propio de su estudio.

Se caracteriza, en primer lugar, este último grado por la *variedad y multiplicidad de órganos,* funcionarios auxiliares, en consonancia con la complejidad y variedad de funciones que tienen que realizar, de la necesidad de extender su acción a todas las partes del territorio nacional, y asegurar y garantizar, de

manera constante y general, la gestión de los servicios públicos.

Carácter esencial de toda buena organización administrativa es también la *unidad,* fruto de la sabia y rígida dependencia de los funcionarios, armónicamente coordinados entre sí y subordinados todos al centro común, el Jefe del Estado. La acción ejecutiva ha de ser rápida y enérgica. "El Príncipe, dice Márquez,[1] debe ser rápido en la ejecución, aunque lento en el consejo...; y habiendo tenido en la deliberación pies de plomo, en la ejecución ha de tener plumas de ave, para obviar a las tretas de la envidia." Pues bien, la eficaz energía y rapidez sólo puede alcanzarse con una jerarquía bien unida y eslabonada, con atribuciones exactamente determinadas, firmemente ligada en sus dependencias, libre de órganos y ruedas inútiles que no hacen más que entorpecer la acción.

Conviene también aplicar a la administración el principio aristocrático de la *capacidad en toda su plenitud.* Y exige ese principio "la formación de un cuerpo de agentes o funcionarios instruídos, hábiles, que tengan tradición y aptitudes profesionales, una posición social asegurada y digna de las funciones que desempeñan. De donde se deduce la necesidad de la lucha contra la burocracia inepta, formalista y despótica, al mismo tiempo que contra la tiranía de los partidos, siempre al asalto de puestos, para distribuirlos entre su clientela, sin tener casi nunca cuenta de los méritos que hay que recompensar y las cualidades de que han de estar adornados".[2]

CLASES DE FUNCIONARIOS. — Los autores, dice el P. Güenechea, dan definiciones muy distintas del funcionario público. Según García Oviedo, funcionario público es el que desempeña funciones públicas, esto es, funciones mediante las cuales realiza el Estado su destino. "Conforme al lenguaje más corriente en nuestras leyes, entre los funcionarios se distinguen tres clases:

1) Funcionarios que participan del ejercicio del poder: autoridades.

2) Funcionarios facultativos o técnicos, cuyo cargo exige

---

1 *El Gobernador cristiano,* c. XX, p. 117.
2 ORBAN: Op. cit., t. II, n. 162.

ciertas aptitudes y conocimientos especiales para la gestión de servicios, informes, etc.

3) Auxiliares y agentes, a quienes se encomiendan los actos de ejecución."[1]

Orban distingue en la jerarquía administrativa tres categorías de órganos:

1) Los representantes de la autoridad que ejercen el *imperium*, el mando, los derechos del poder público.

2) Los representantes de la autoridad que obran como tales, pero sin ejercer el *imperium*, sus actos no implican ningún mandato, ninguna decisión imperativa ni prohibitiva; tienen, sin embargo, los caracteres anejos a los actos de autoridad pública, la forma auténtica, eventualmente la forma ejecutoria. Por ejemplo, los notarios, los diversos órganos de la jurisdicción graciosa y voluntaria, y las instituciones consultivas.

3) Los órganos auxiliares de la administración, cuyos actos no son ni auténticos, ni ejecutorios, son los empleados.

De estas categorías de órganos se califican propiamente como funcionarios públicos "las personas investidas, por una delegación mediata o inmediata de la ley, del ejercicio de una parte de la potencia pública". Esto supuesto, quedan dentro de la categoría de funcionarios los comprendidos en los dos primeros números; los empleados son los auxiliares y los agentes de las autoridades y funcionarios.

No deja de ofrecer alguna dificultad la clasificación de ciertos órganos que ocupan un lugar subalterno en los departamentos ministeriales, como los subsecretarios, directores generales, etc., porque, no teniendo autoridad propia, parecen agentes de la autoridad de los Ministros. Sin embargo, creen no pocos que tienen más que suficientes atribuciones para merecer el título de funcionarios.[2]

10. Responsabilidad de los funcionarios administrativos. — Tratándose de funcionarios administrativos distintos de los Ministros, claro es que no puede hablarse de su responsabilidad política, puesto que la acción directora política está en manos del

---

1 GÜENECHEA: *Ensayo de Derecho Administrativo*, t. I, lec. XIII (agotada); C. GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, l. II, c. 2.º (EPESA. Madrid, 1948); ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, Pte. 1.ª, c. IV (2.ª edic. Valladolid, 1948).

2 El problema de la centralización o descentralización política, lo hemos de tratar, quizá con más oportunidad, en el libro siguiente, al hablar de las formas de Gobierno. Para la cuestión administrativa remitimos al lector a los tratados de Derecho administrativo, que es su propio lugar. (V. los autores citados en la nota anterior).

Ministerio. Pero sí debe hablarse de la responsabilidad civil, penal y disciplinar; puesto que los funcionarios públicos pueden, injustamente, lesionar los intereses de los particulares y de las entidades públicas, pueden cometer un delito en el ejercicio de sus funciones, y faltar a la disciplina y extralimitarse en sus atribuciones. Haremos tan sólo algunas indicaciones.

RESPONSABILIDAD DISCIPLINAR. — Incurren en ella los funcionarios públicos por las faltas de desidia, apatía, incorrección, desobediencia, desacato, extralimitaciones de poder, etc. que tiendan a aflojar los resortes de la necesaria disciplina. El encargado de exigir esa responsabilidad es el superior sobre los funcionarios inferiores que de él dependen, con el fin de mantener la cohesión, la obediencia y la disciplina de la jerarquía administrativa, mediante el apercibimiento y reprensión, multa pecuniaria, suspensión de sueldo, de empleo o de las dos cosas, por tiempo determinado, destitución o pérdida de oficio con los derechos inherentes a él. La responsabilidad disciplinar puede acumularse a la penal y civil.

RESPONSABILIDAD PENAL. — Es evidente que los funcionarios, en el ejercicio de sus funciones, pueden cometer verdaderos delitos. Pretender que la entidad pública que representan es la única responsable de sus actos, es querer suponer que nunca puede el funcionario desviarse del fin y esfera asignada a su función, y suponer, sin prueba ninguna, que el Estado absorbe totalmente la voluntad y personalidad de sus órganos; ambas cosas son absurdas.

Y, esto supuesto, la cuestión de algún interés que se presenta en esta parte, desde el punto de vista político, es la llamada de la *autorización previa.* Pretenden algunos autores y legislaciones que para procesar, ante los Tribunales ordinarios, a las autoridades y a sus agentes, se necesita de antemano el visto bueno, el beneplácito de los superiores jerárquicos de los mismos, sin el cual sería inválida toda diligencia judicial.

Francia estableció el requisito de la autorización previa en el artículo 75 de su Constitución republicana de 1799. "Los agentes del Gobierno, a excepción de los Ministros, no pueden ser perseguidos *judicialmente,* por actos relativos a sus funciones, sino en virtud de previa decisión del Consejo de Estado". La encuen-

tran conveniente no pocos autores y la han aceptado algunas legislaciones, como la nuestra (art. 77 de la Constitución de 1876).

El sistema contrario, es decir, el que supone que no se necesita ninguna autorización previa especial para procesar ante los Tribunales ordinarios a los funcionarios y autoridades, es doctrina corriente e indubitada en la vida pública de Inglaterra. "Ningún hombre está encima de la ley, y, fuera del Soberano, todo hombre, sea funcionario público o simple particular, desde los Ministros del Estado hasta el último de los ciudadanos, puede ser llevado o perseguido ante los Tribunales ordinarios, en virtud del derecho consuetudinario del país".[1] A este propósito cuenta Tocqueville en su *Democratie en Amerique,* el asombro que causaba a los americanos e ingleses la doctrina admitida en la legislación francesa. "Pero cuando yo me esforzaba en hacerles comprender que el Consejo de Estado no era un Cuerpo judicial, en el sentido natural de la palabra, sino un Cuerpo administrativo, cuyos miembros dependían del Rey; de suerte que el Rey, después de haber soberanamente mandado a uno de sus servidores, llamado Prefecto, que cometiese una iniquidad, podía mandar a otro de sus servidores, llamado Consejero de Estado, que impidiese que el primero fuese castigado; cuando yo les mostraba al ciudadano, violado en su persona o intereses por la orden del Rey, obligado a pedir al mismo Príncipe la autorización para alcanzar justicia, rehusaban creer tamañas enormidades".

Teóricamente nos parece que no puede caber duda sobre el juicio y elección entre estos dos sistemas. La autorización previa es un privilegio irritante en favor de los funcionarios, en materia tan delicada y fundamental como es la justicia, sin que se aporte ninguna razón trascendental que la exija.

La declaración y aplicación de la ley entra de lleno dentro de la esfera de acción del poder judicial, y quien la infrinja, y quizá con más razón que otros los funcionarios públicos, debe dar cuenta de sus infracciones ante los Tribunales establecidos, por naturaleza, para ese fin. Sustraer algunas materias o personas al conocimiento y fallo de ese poder, es algo anormal que requiere pruebas y razones indudables e incontrovertibles; como lo exigiría si al poder legislativo se le

---

1 LOWEL: Op. cit., c. LXII. Siguen este sistema la legislación belga, la Suiza, etc., y gran número de autores de nota. (Véase GÜENECHEA: t. I, nn. 195 y ss.; GARCÍA OVIEDO, l. II, c. IX.)

impidiese legislar sobre determinadas materias o se limitase al ejecutivo en alguna de sus funciones privativas.

¿Y qué razones son éstas?

1) Que, sin la autorización previa, se rompe el equilibrio de los poderes e invadiría el judicial el campo del ejecutivo. Y, efectivamente, habría intromisión de un poder en la esfera del otro; pero en sentido contrario del que se pretende, porque es el ejecutivo quien trata de conocer asuntos que son de la exclusiva competencia del judicial. La independencia de poderes no significa que los individuos que ejercen las funciones de uno de ellos no estén sometidos a los otros; que los jueces, por ejemplo, no están sometidos a las leyes, o a las prescripciones gubernativas, sin que así lo consienta o apruebe el mismo poder judicial. Eso es absurdo. Se trata sólo de la independencia del ejercicio de su misión propia.

2) Los abusos contra la Administración, cuyos miembros se llevarían a los Tribunales por fútiles pretextos, sólo con el fin de molestarlos y entorpecer su labor. Esos abusos fácilmente se corrigen y previenen con agravación de penas en caso de resultar la acusación claramente injusta y tendenciosa.

Pero, además, es inadmisible, en buenos principios de justicia e imparcialidad, que el superior jerárquico, que es parte en el asunto, sea quien haya de decidir si hay lugar o no a juicio.[1]

RESPONSABILIDAD CIVIL. — Los funcionarios pueden lesionar los derechos e intereses del Estado y de los particulares. Y ello ya por acción positiva, que puede o no constituir delito, ya por una simple omisión y negligencia, con mayor o menor previsión de los daños que origine.

Estos daños y perjuicios causados al Estado o particulares, si han sido consecuencia de un acto delictuoso, claro es que existe en el funcionario, aparte la responsabilidad penal propiamente dicha, la obligación de devolver lo sustraído a su dueño o de resarcir daños graduables en cantidad aproximada. Pero si el daño no ha sido intencionado y no existe delito, examinan los autores las distintas clases de culpas que hay para derivar las consecuencias de la responsabilidad civil a que están sometidos los funcionarios. Examinan la culpa meramente *jurídica;* es decir, la acción, omisión o negligencia que realmente viole el derecho ajeno con infracción de precepto legal; y la *culpa teológica,* que además supone la advertencia al derecho violado; y la culpa *lata,* la culpa *leve* y aun la *levísima.* De la consideración de todos

1 Consúltese a los autores de Derecho Administrativo.

esos elementos deducen, en su gravedad y extensión, la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados.[1] Pero, de hecho, las leyes positivas obran en ello justa y prudentemente, determinan e imponen las sanciones y responsabilidades consiguientes siempre que exista culpa jurídica y se prueba que ha existido. Siempre, pues, que exista culpa jurídica y ella se pruebe convenientemente, pueden los Tribunales, con toda justicia, exigir la responsabilidad que las leyes determinen en cada país.

Corresponden estas cuestiones mejor al Derecho Administrativo, al que nos remitimos.[2]

---

1 Véase sobre este punto P. Güenechea: Op. cit., t. I, sec. 16.

2 A las tres clases de responsabilidad que hemos indicado — la disciplinar, penal y civil — añade García Oviedo otra cuarta, la *responsabilidad política* en la que también pueden incurrir los funcionarios públicos (que no sean Ministros). "Circunstancial y transitoriamente, dice, suelen ciertas legislaciones, por motivos políticos, someter a determinadas responsabilidades a los funcionarios públicos. Tal ha ocurrido en nuestro país con ocasión de la pasada guerra y de las causas ideológicas sociales y políticas que determinaron el Alzamiento nacional". Y cita al efecto los Decretos de 13 de septiembre, de 3 de diciembre y el Decreto-Ley de 5 de diciembre de 1936 y la ley de 10 de febrero de 1939, que autorizaron, previo expediente, la corrección, suspensión o destitución de funcionarios públicos, culpables de actuaciones antipatrióticas o contrarias al Movimiento nacional (GARCÍA OVIEDO: Op. cit., Lib. II, IX-XIII-D). A nuestro parecer, no se trata aquí propiamente de responsabilidad política, sino de algo más hondo. Es la depuración que Estados Unidos y otros países han llevado a cabo excluyendo de los cargos públicos a los comunistas, tachados de deslealtad al Estado y al país. Es el derecho y el deber de todo Estado de exigir a todo funcionario, como cualidad indispensable para su cargo, fidelidad al Estado, a la patria y a la civilización.

CAPÍTULO TERCERO

La función gubernativa en España

SUMARIO: 1. La Ley española de Sucesión (6 de julio de 1947). Su importancia y contenido. — 2. El Consejo de Regencia y el Consejo del Reino. — 3. Designación del sucesor: propuesta y aceptación. — 4. Condiciones exigidas al que, como Rey o Regente, ha de ocupar la Jefatura del Estado. — 5. Instaurada la Monarquía, orden de sucesión. — 6. Nuevas limitaciones a las atribuciones del Jefe del Estado. — 7. Caracteres esenciales y leyes fundamentales del Estado español. — 8. El Jefe del Estado y el Ministerio. — 9. El Ministerio constitucional español: nota histórica. — 10. Organización actual del Ministerio. — 11. Posición jurídica y responsabilidad de los Ministros. — 12. La función gubernativa en los organismos locales. División territorial. — 13. Ley de régimen local. — 14. Entidades municipales. Su organización. — 15. La provincia. Su organización.

1. La ley española de Sucesión. Su importancia y contenido (6 de julio de 1947).[1] — Sería imposible dar una idea exacta de la fisonomía jurídica actual de la Jefatura del Estado y de Gobierno Español, sin antes hacernos cargo de la Ley española de Sucesión, aprobada por las Cortes españolas el 7 de junio de 1947, sometida al referéndum nacional por Decreto del 8 del mismo mes y ratificada por el voto popular el 6 de julio siguiente.[2]

De la necesidad y urgencia de la Ley de Sucesión daba tes-

---

1 El refrendo popular de la Ley española de Sucesión. Oficina informativa española. Madrid, 1948.

2 El anuncio de una Ley de Sucesión, y con tendencia monárquica, se había hecho en varias y públicas ocasiones por el Generalísimo Franco. Apaciguados, algún tanto, los conatos de intromisiones extranjeras en nuestros asuntos internos, se creyó llegado el momento de realizar el propósito y, el día 1.° de abril de 1947, se remitió por la Jefatura del Estado a las Cortes el proyecto de Ley de Sucesión que fué publicado inmediatamente en el Boletín de las mismas. Estudiado el proyecto por una Comisión compuesta por 30 Procuradores y presidida por el Presidente de las Cortes, y después de sufrir, en la discusión, varias modificaciones, fué entregado el dictamen definitivo a las Cortes el día 1.° de junio y aprobado, casi por aclamación, por el pleno del día 7 del mismo mes. Excusaron su presencia al pleno 14 Procuradores.

En el período entre la convocatoria y celebración del referéndum, el

timonio la zozobra de la conciencia pública, en general, que, en el lento proceso constitutivo del nuevo Estado, echaba de menos una fórmula de sucesión del actual Jefe del Estado y que, al mismo tiempo, abriera un cauce legal para ulteriores sucesiones. Una incidencia humana imprevista pudiera exigir su inmediata aplicación.

Como dice el preámbulo de la Ley al ser sometida al referéndum: "la coyuntura feliz que elevó a la superior dirección de los destinos de la Patria al Caudillo de la Cruzada, Generalísimo de los Ejércitos Nacionales, no es fácil que se repita; por lo que han de ser, en lo sucesivo, las leyes las que, recogiendo la voluntad de los españoles, aseguren las sucesiones ulteriores en la suprema jefatura de la Nación y den al Estado nacido de la victoria, estabilidad, continuidad y permanencia, sin que, por ello, pueda ponerse en peligro la grande y trascendente obra social que caracteriza el resurgir español, ni cerrar el camino a los posibles y necesarios perfeccionamientos que, en su día, el interés de la Nación demande y la voluntad de los españoles refrende".[1]

Y aparte de esta necesidad urgente, conviene hacer notar su contenido y gran trascendencia. Porque no se trata de una ley

---

texto de la Ley aprobada se insertó en el Boletín Oficial del Estado, en todos los Boletines Oficiales de provincias y en los tablones de anuncios de todos los Ayuntamientos de la nación. El plebiscito tuvo lugar el día 6 de julio con el siguiente resultado: de los 17.178.812 electores inscritos, tomaron parte en la votación el 88,56 %; emitieron voto favorable el 82,34 %; contrario el 4,20 %; papeletas anuladas o en blanco 2,05 %.

Para lograr la más sincera realización del referéndum, ya desde septiembre de 1945 se fijaron las normas para la formación del censo de cabezas de familia y de residentes mayores de edad de ambos sexos. Las operaciones se llevaron a cabo conforme a la legislación precedente de la época monárquica y republicana, y sujetándose a los preceptos de la Ley electoral de 8 de agosto de 1907, aún vigente; las presidió la Dirección General del Instituto Nacional de Estadística e intervinieron en ellas la Junta Central y las Juntas Provinciales y Municipales del Censo. El registro, así formado, arrojó la cifra de 17.178.812 electores.

La votación se desarrolló con toda tranquilidad y sin que para nada tuviera que intervenir la policía, que, sin armas, apenas hacía acto de presencia, sino para poner orden en algunas aglomeraciones. Libremente también y sin censura, pudieron los corresponsales extranjeros enviar sus informaciones a los periódicos de sus países. (Véase *El Refrendo Popular de la Ley Española de Sucesión*, sobre todo el capítulo V.)

1 Leyes fundamentales de España. Preámbulo de presentación ante las Cortes del proyecto de Ley (de sucesión). Publicaciones españolas, Fernando el Santo, Madrid.

de mero trámite; es decir, no se limita la Ley española de Sucesión a fijar las condiciones legales, dentro de las cuales, el Jefe actual del Estado ha de transmitir sus poderes al que, después de él, ha de ocupar su puesto. La Ley desborda la fase procesal de una transmisión, aunque ésta se refiera al poder soberano.

En efecto: la Ley de Sucesión, aprobada por las Cortes y ratificada por el referéndum, aparte de señalar los trámites de la transmisión y abrir el cauce legal para las sucesivas que ha de ofrecer la historia:

1) Nos ofrece una nueva reiteración, plena y clamorosa, de la adhesión del pueblo español a la persona del General Franco, como Jefe del Estado español;

2) Describe los caracteres esenciales del nuevo Estado;

3) Enumera las Leyes fundamentales del mismo;

4) Determina las condiciones a las cuales ha de someterse el nuevo Jefe — Rey o Regente — antes de que vaya a ocupar el puesto supremo;

5) Crea nuevos organismos superiores, y

6) Aporta nuevas limitaciones a las atribuciones del Jefe del Estado.

*

"La Jefatura del Estado corresponde al Caudillo de España y de la Cruzada, Generalísimo de los Ejércitos, Don Francisco Franco Bahamonde", dice el art. 2.º de la Ley.

En el punto que tratamos en este Capítulo: de la Jefatura del Estado y Gobierno Español, es la primera afirmación que conviene destacar. Arranca esa Jefatura del Decreto del 29 de septiembre de 1936 de la Junta de Defensa que así lo proclamó, "segura del consentimiento tácito de la nación". Y que, después de sucesivas e indudables confirmaciones, ha recibido esta última de la Ley de Sucesión, sin duda la más clamorosa y definitiva, como lo puso de relieve "A B C" el prestigioso diario madrileño, en la editorial del undécimo aniversario del Alzamiento Nacional. Asienta como indiscutible la legitimidad del régimen político surgido de la Cruzada. Legitimidad, primero, de origen; legitimidad, también, de ejercicio; legitimidad, por último, basada en la adhesión indiscutible y clamorosa de la inmensa mayoría de los españoles. Finalmente, "había quien deseaba el

que la voluntad de España se manifestase en votos contantes y sonantes, y el 6 de julio de 1947, España, al aprobar, de acuerdo con los deseos de Franco, el proyecto de Ley de Sucesión votó a Franco. Esto es un hecho y un hecho indiscutible".

2. El Consejo de Regencia y el Consejo del Reino. — Antes de señalar el procedimiento para la designación del sucesor, la Ley crea dos organismos superiores, el *Consejo de Regencia* y el *Consejo del Reino.*

EL CONSEJO DE REGENCIA tiene por misión asumir, vacante la Jefatura del Estado, sus poderes. Está constituído por el Presidente de las Cortes, el Prelado de mayor jerarquía, Consejero del Reino y el Capitán General del Ejército de tierra, mar o aire, o, en su defecto, el Teniente General, en activo, de mayor antigüedad y por este mismo orden. El Presidente de este Consejo será el de las Cortes, y, para la validez de los acuerdos, se requerirá la presencia, por lo menos, de dos de sus tres componentes y siempre la de su Presidente (art. 3.°).

EL CONSEJO DEL REINO es el más alto Cuerpo Consultivo de la nación y asiste al Jefe del Estado en todos aquellos asuntos y resoluciones trascendentales de su exclusiva competencia. Su Presidente será el de las Cortes y estará compuesto por los siguientes miembros:

El Prelado de mayor jerarquía y antigüedad, entre los que sean Procuradores en Cortes;

El Capitán General del Ejército de tierra, mar o aire, o Teniente General en activo de mayor antigüedad y por el mismo orden;

El General Jefe del Alto Estado Mayor, y, a falta de éste, el más antiguo de los tres Generales Jefes del Estado Mayor de tierra, mar o aire;

El Presidente del Consejo de Estado;

El Presidente del Tribunal Supremo de Justicia;

El Presidente del Instituto de España;

Un Consejero elegido por votación por cada uno de los grupos de las Cortes: *a)* El Sindical; *b)* El de Administración Local; *c)* El de Rectores de Universidades, y *d)* El de los Colegios Profesionales;

Tres Consejeros designados por el Jefe del Estado, uno en-

tre los Procuradores en Cortes natos, otro entre los de su nombramiento directo y el tercero libremente (art. 4.º).

El cargo de Consejero está vinculado a la condición por la que hubiese sido elegido o designado.

Por Decreto de 30 de diciembre de 1948 (B. O. de 1 de enero de 1949), firmado por el Jefe del Estado, se publicó el *Reglamento del Consejo del Reino* que viene a completar los preceptos de la Ley de Sucesión, referentes al mismo Consejo.

I. Para la *designación de los Consejeros electivos,* se constituye en el Palacio de las Cortes, en la hora y día señalados por el Presidente de éstas, una Mesa integrada por los tres electores de más edad entre los Procuradores más antiguos del grupo de que se trata, y presidida por el Procurador de más edad de los que la forman. Sin embargo, en el grupo sindical, presidirá la Mesa el delegado sindical; y en el grupo de Administración local, y siguiendo las mismas normas de antigüedad, la Mesa se compondrá de un representante de los tres sectores que la forman: Alcalde de Capital, Alcalde de Municipio y Presidente de la Diputación Provincial (art. 7.° Regl.)

La asistencia a la votación es obligatoria, y para la validez de la votación se requiere que el Candidato reúna, por lo menos, la mitad más uno de los votos de los Procuradores que constituyan el grupo a que pertenezcan; repitiéndose la votación hasta que se obtenga esta mayoría. Los votos se emiten mediante papeletas cerradas (arts. 8, 9 y 10 Regl.)

Los Consejeros del Reino tienen el tratamiento de Excelencia, disfrutan de las asignaciones proporcionadas a su categoría; son inviolables por sus opiniones y votos; e inmunes, sin que puedan ser detenidos sin previa autorización del Presidente del Consejo del Reino salvo en caso de *flagrante delito* (arts. 10, 11 y 12 Regl.)

Los Consejeros jurarán su cargo con la siguiente fórmula: "Juro, por Dios, guardar las leyes fundamentales del Reino, lealtad al Jefe del Estado, la más exacta fidelidad en el desempeño del cargo que me encomienda, así como el secreto de nuestras deliberaciones, mirando en todo por el servicio de la justicia y el mayor bien de la patria" (artículo 23 Regl.).

II. *Atribuciones del Consejo del Reino.* — A las atribuciones que la Ley de Sucesión otorga al Consejo del Reino (arts. 4.° y 5.°) el Reglamento añade otras nuevas:

1) El Consejo del Reino podrá presentar al Jefe del Estado lo que estimare necesario respecto a la reformación de abusos e inejecu

ción de leyes o de cualesquiera providencias que comprometan o perjudiquen el bien del Reino.

2) El Jefe del Estado oirá también preceptivamente al Consejo de Estado, en los casos siguientes:

a) Cuando el Jefe del Estado someta a las Cortes la revocación del sucesor propuesto.

b) Cesión de derechos antes de reinar, así como las abdicaciones, cuando estuviese designado el sucesor.

c) Renuncia al Trono en todo caso.

d) Matrimonios regios y de los inmediatos sucesores al Trono.

e) Proposición a las Cortes por el Jefe del Estado de que se excluya de la sucesión a aquellas personas reales carentes de la capacidad necesaria para gobernar, o que por su desvío notorio de los principios fundamentales del Estado o por sus actos, merezcan perder los derechos de sucesión establecidos en la Ley de 6 de julio de 1947 (arts. 15 y 18 Regl.).

III. *Funcionamiento del Consejo del Reino.* — El Consejo del Reino funciona permanentemente y se ha de reunir, convocado por su Presidente, cuando hubiese asuntos que reclamen su deliberación (art. 22 Regl.), aparte de los casos en que deba reunirse por precepto de la Ley de Sucesión (arts. 7, 8 y 14 de la Ley).

Constituído el Consejo, elegirá de entre sus miembros al Secretario (art. 24 Regl.)

La asistencia a las sesiones del Consejo es obligatoria para todos sus miembros; y los dictámenes se adoptan por mayoría de votos de los Consejeros presentes, excepto el caso en que la Ley de Sucesión exija una mayoría determinada. El empate lo decide el voto del Presidente (arts. 26 y 27 Regl.)

En caso de diversidad de pareceres, deberán éstos consignarse en el acta de la sesión; y el dictamen recogerá aquellos votos (con sus motivos) que hubiera habido en contra de lo acordado por la mayoría (art. 28 Regl.)

Finalmente corresponde al Presidente del Consejo del Reino: *a*) Convocar las sesiones; *b*) fijar el orden del día; *c*) dirigir las deliberaciones, conceder o negar el uso de la palabra, y abrir o cerrar las sesiones; firmar, en unión del Secretario, las actas de las sesiones, los dictámenes y comunicaciones; proponer al Consejo del Reino el proyecto de sus presupuestos para su tramitación legal y remitir la cuenta del ejercicio al Tribunal de Cuentas (art. 25 Regl.)

3. Designación del sucesor. Propuesta y aceptación. — Se realiza por una propuesta hecha a las Cortes y la aceptación de la propuesta por la mayoría de los dos tercios de las mismas.

La propuesta la puede hacer o el Jefe del Estado o el Consejo del Reino y el Consejo de Ministros reunidos.

El *Jefe del Estado,* en cualquier momento, puede proponer a las Cortes la persona que estime debe ser llamada en su día a sucederle, a título de Rey o de Regente, con las condiciones exigidas por esta Ley; y podrá asimismo someter a la aprobación de aquéllas la revocación de la que hubiere propuesto, aunque ya hubiese sido aceptada por las Cortes (art. 5.º).

Cuando, vacante la Jefatura del Estado, fuese llamada a suceder en ella el designado, según el párrafo anterior, el Consejo de Regencia asumirá los poderes en su nombre y convocará conjuntamente a las Cortes y al Consejo del Reino para recibirle el juramento prescrito en la presente Ley y proclamarle Rey o Regente (art. 7.º).

Pero pudiera sobrevenir o la muerte o la declaración de la incapacidad del Jefe del Estado, sin que hubiese sido designado sucesor.

En este caso, el Consejo de Regencia asumirá los poderes y convocará, en el plazo de tres días, a los miembros del Gobierno y del Consejo del Reino para que, reunidos en sesión ininterrumpida y secreta, decidan, por dos tercios como mínimo, la persona de estirpe regia que, poseyendo las condiciones exigidas por la presente Ley, y habida cuenta de los supremos intereses de la Patria, deban proponer a las Cortes a título de Rey.

Cuando, a juicio de los reunidos, no existiera persona de la estirpe que posea estas condiciones o la propuesta no hubiera sido aceptada por las Cortes, propondrá a ésta como Regente la personalidad que, por su prestigio, capacidad y posible asistencia de la nación, deba ocupar este cargo. Al formular esta propuesta, podrá señalar plazo y condición a la duración de la Regencia y las Cortes deberán resolver sobre cada uno de estos extremos.

El pleno de las Cortes habrá de celebrarse en un plazo máximo de ocho días, y el sucesor, obtenido el voto favorable de las mismas, prestará el juramento exigido por esta Ley, en cuya virtud, y acto seguido, el Consejo de Regencia le transmitirá sus poderes.

Para la validez de los acuerdos de las Cortes a que esta Ley se refiere será preciso el voto favorable de los dos tercios de los

Procuradores presentes, que habrá de equivaler, por lo menos, a la mayoría absoluta del total de Procuradores (art. 15).

4. Condiciones exigidas al que, como Rey o Regente, haya de ocupar la jefatura del Estado. — Se requerirá que sea varón y español, haber cumplido la edad de 30 años, profesar la religión católica, poseer las cualidades necesarias para el desempeño de su alta misión y jurar las Leyes fundamentales, así como lealtad a los principios que informan el Movimiento Nacional (art. 9.º).

Son Leyes fundamentales de la nación: El Fuero de los Españoles, el Fuero del Trabajo, la Ley Constitutiva de las Cortes, la presente Ley de Sucesión, la del Referéndum Nacional y cualquiera otra que, en lo sucesivo, se promulgue confiriéndole tal categoría. Para derogarlas o modificarlas será necesario, además del acuerdo de las Cortes, el referéndum de la nación (artículo 10.º).

5. Orden de sucesión, instaurada la monarquía. — Instaurada la Corona en la persona de un Rey, el orden regular de sucesión será el de primogenitura y representación, con preferencia de la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, del grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, del varón a la hembra, la cual no podrá reinar, pero sí, en su caso, transmitir a sus herederos varones el derecho, y, dentro del mismo sexo, de la persona de más edad a la de menos; todo ello sin perjuicio de las excepciones y requisitos preceptuados en los artículos anteriores (art. 11.º).

Toda cesión de derechos antes de reinar, las abdicaciones cuando estuviese designado el sucesor, las renuncias en todo caso y los matrimonios regios, así como el de sus inmediatos sucesores, habrán de ser informados por el Consejo del Reino y aprobados por las Cortes de la nación (art. 12.º).

6. Nuevas limitaciones a las atribuciones del Jefe del Estado. — El Jefe del Estado oirá preceptivamente al Consejo del Reino en los casos siguientes:

1) Devolución a las Cortes, para nuevo estudio, de una Ley por ellas elaboradas.

2) Declarar la guerra o acordar la paz.

3) Proponer a las Cortes su sucesor.

4) En todos aquellos otros en que lo ordenare la presente Ley (art. 5.°).

7. Caracteres esenciales y leyes fundamentales del Estado Español. — A España como unidad política se la define, en el art. 1.°, como un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición, se declara constituído en Reino; y se proclaman como Leyes fundamentales las que, en líneas anteriores, hemos enumerado. En lugar oportuno dedicaremos la debida atención a estos puntos.

8. El Jefe del Estado y el Ministerio. — Al tratar de la naturaleza y de los órganos de la función gubernativa en la España contemporánea, nos hemos de apartar de las fórmulas y tipos corrientes del llamado poder ejecutivo de las naciones modernas.[1]

Con ninguna de esas fórmulas tiene parangón ni parecido, sino externo y superficial. Ni con el tipo de Jefe de Estado o Gobierno parlamentario, sometido en su existencia y sus directivas a los dictados del Parlamento. Ni con la fórmula presidencialista, fundada en la artificiosa separación de poderes. Ni con la directorial o colegiada de Suiza, en donde el Consejo Federal es como una Comisión ejecutiva de la Asamblea Federal, que elige sus miembros para un plazo fijo. Ni, mucho menos, con el Consejo de Comisarios de la estructura ruso-bolchevique, cuyos miembros son meros agentes de ejecución del Consejo Supremo de la U.R.S.S. y de su Presidium.

Si quisiéramos buscar la inspiración teórica de lo que la función gubernativa significa en la España de ahora y la situación jurídica de sus órganos superiores, la hallaríamos quizás (prescindiendo de la ideología del antiguo régimen) en algunas de las teorías que expusimos en el capítulo primero de esta Sección, y que sostuvieron Blunstchli, Orban y otros. Hacen resaltar esos autores el carácter y calidad primarias de esa función, en comparación con los otros llamados poderes del Estado; libre de las servidumbres de las Asambleas Legislativas o de aislamiento a que le condena la artificiosa separación de poderes de Montesquieu. La función gubernativa, añaden, representa al poder público todo entero, con la excepción de la función legis-

1 Véase IGNACIO MARÍA LOJENDIO: *Régimen Político del Estado Español* (passim). Ed. Bosch. Barcelona, 1942.

lativa que comparte con las Cortes y la judicial que, en su nombre, ejercen, con plena independencia, los Tribunales de justicia.

Y así aperece en la realidad de los hechos, en el desenvolvimiento de la plenitud de poderes que recibió Franco de manos de la Junta Suprema de Defensa, el día 29 de septiembre de 1936. A la organización actual del Gobierno se ha venido, desde aquella plenitud de poderes, por etapas bien claras y definidas.

La Junta Técnica creada por el Decreto-Ley de 1.° de octubre, con sus Comisiones, fué un embrión de Ministerio que descargaba al Jefe del Estado y Generalísimo de los Ejércitos Nacionales, empleados entonces en plenas operaciones de guerra, de la Administración civil de las provincias que se iban liberando del yugo rojo.

Estas circunstancias imprimieron a aquel primer esbozo de organización estatal, "de modo necesario, un carácter de provisionalidad".

Pero, a medida que la normalidad se iba extendiendo por zonas más amplias de la nación, se dejaba sentir con más urgencia la necesidad de ir perfeccionando la organización administrativa central e irla preparando para su más cabal funcionamiento en la hora, que ya se columbraba próxima, del fin de la guerra y de la instauración de la vida pacífica y normal.

Ello se logró principalmente con las Leyes de 30 de enero de 1938, y 9 de agosto de 1939: de organización y reorganización de la Administración Central del Estado, y otros varios Decretos que, en el intermedio, fueron modificando y modelando el nombre, la estructura y contenido de algunos Departamentos ministeriales.[1]

9. El Ministerio constitucional español: nota histórica. — Prescindiendo de las llamadas Secretarías del antiguo régimen, el Ministerio, de carácter moderno, aparece por primera vez en España en los artículos de la Constitución de Cádiz de 1812. El artículo 222, que emplea todavía el término de Secretario, dice: "Los Secretarios de Despacho serán siete a saber:

El Secretario del Despacho de Estado.

---

1 Para más pormenores véase: LOJENDIO: Op. cit., cc. III y IV, y GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, l. II, tít. II.

El Secretario del Despacho de la Gobernación del Reino para la Península e Islas adyacentes.

El Secretario del Despacho de la Gobernación del Reino para Ultramar.

El Secretario del Despacho de Gracia y Justicia.

El Secretario del Despacho de Hacienda.

El Secretario del Despacho de Guerra.

El Secretario del Despacho de Marina.

Las Cortes sucesivas harán en este sistema de Secretaría del Despacho la variación que la experiencia o las circunstancias exijan."

Siguió esta organización ministerial los azares de la misma Constitución de Cádiz. Desapareció en la reacción absolutista de 1814, para resurgir de nuevo, efímeramente, en el trienio de 1820 al 23. En los períodos de 1814 al 1820, y del 1823 hasta los cambios políticos que acarreó la muerte de Fernando VII, subsistieron las Secretarías establecidas y modificadas por Fernando VI y sus sucesores: Estado, Gracia y Justicia, Hacienda, Marina, Indias y Guerra. Después de la muerte de Fernando VII, se estableció definitivamente el sistema constitucional, y, desde entonces, se cambió el nombre de Secretario por el de Ministro de Su Majestad o Ministro de la Corona.

El R. D. de 5 de noviembre creó el *Ministerio de Fomento General*, que luego (R. D. de 12 de mayo de 1834) se denominó del *Interior*, y más tarde (R. D. de 4 de diciembre de 1835), de *Gobernación*. Pero, al cambiar de nombre, se desdobló en dos: el uno, que conservó el nombre de Gobernación y el otro que tomó el de *Comercio, Instrucción y Obras Públicas*. En 1847 se denominó de nuevo de *Fomento*. (R. D. 28 de mayo.)

El Ministerio de *Fomento* sufrió aún otra división, de la que surgieron (R. D. de 20 de octubre de 1851) el Ministerio de *Instrucción* y *Bellas Artes* y el de *Agricultura, Comercio* y *Obras Públicas*. Este último, en 1900 (Ley de 31 de marzo y R. D. de 28 de abril) volvió a denominarse de Fomento.

Estableciose por R. D. de 20 de mayo de 1873, el *Ministerio de Ultramar*, al que competían todos los asuntos de las provincias de ultramar, excepción hecha de los que dependían de Estado, Guerra y Marina. Desapareció por R. D. de 25 de abril de 1899, a consecuencia de la pérdida de nuestro dominio en las Antillas y Filipinas.

La anormal situación económica que trajo la guerra europea dió ocasión a que el R. D. de 3 de octubre de 1917 fundara una *Comisaría*

General de Abastecimientos que se transformó en Ministerio por R. D. de 3 de septiembre de 1918. Fué suprimido por R. D. 8 de mayo de 1920, fecha en que se creó a su vez el *Ministerio de Trabajo.*

Los Ministerios se creaban, organizaban o modificaban por medio de Reales Decretos, refrendados por la Presidencia del Consejo de Ministros.

Sin mengua de las facultades autonómicas que tiene cada Ministro en su respectivo departamento ministerial, los Ministros celebraban periódicamente reuniones llamadas Consejo de Ministros, en las que trataban, discutían y resolvían todos aquellos asuntos que, por su mayor interés y gravedad, podían afectar más a la vida política y administrativa de la nación. En la época monárquica, aparte del despacho personal e independiente de cada Ministro con su Majestad, se reunían, por regla general, los Ministros con el Rey cada semana. La segunda República introdujo la costumbre de que sólo tenía despacho ordinario con el Jefe del Estado el Presidente del Consejo de Ministros. Los Consejos se celebraban sin la presencia del Jefe del Estado.

La organización de los Ministerios era bastante similar. Constaban de una *Subsecretaría,* subdividida en varias Secciones, y de varias *Direcciones Generales.*

El *Subsecretario* es el auxiliar del Ministro, al que se encomienda la resolución de los asuntos de menos importancia; en los demás, tan sólo informa.

Los *Directores Generales* son los Jefes Superiores en un ramo determinado de cada Ministerio. Por lo mismo, dirigen en él los servicios que les corresponden, informan sobre algunos asuntos, los resuelven, preparan las reformas convenientes, etc.

Anejas a los Ministerios existen otras Organizaciones y Juntas Consultivas de gran importancia, según las necesidades y particulares circunstancias de cada departamento, como el Estado Mayor General del Ejército en el Ministerio de la Guerra; la Junta de Aranceles y Valoraciones y el Tribunal de Cuentas en el de Hacienda; el Consejo de Instrucción Pública en el Ministerio de Educación Nacional, etc.

Claro está que cada Ministerio, y en cada una de sus Secciones y Direcciones, está dotado del personal suficiente y capacitado según la naturaleza y complejidad de sus asuntos. El número y clase de sus funcionarios, su nombramiento, ingreso en la carrera administrativa, sus categorías y grados, sus cualidades, sueldo, ascenso, etc., son materias que caen dentro del marco de la ciencia del Derecho Administrativo, al que nos remitimos.

10. Organización actual del Ministerio. — La organización actual se debe a la Ley de 8 de agosto de 1939 que modificó la de 30 de

enero de 1938,[1] y retocada de nuevo por Decreto de 19 de julio de 1951.

A tenor de esta Ley y aparte la Presidencia del Gobierno vinculada al Jefe del Estado, habrá en España los siguientes Ministerios:

Asuntos Exteriores. Gobernación. Ejército. Marina. Aire. Justicia. Hacienda. Industria y Comercio. Agricultura. Educación Nacional. Obras Públicas. Trabajo.

Consta la *Presidencia del Gobierno* de una Subsecretaría y varias Direcciones Generales. Entran a formar parte de ella el Consejo de Estado y el de Economía Nacional, y dependen también de ella el Instituto Nacional de Industria y el Instituto de Estudios Africanos.

Del Ministerio de *Asuntos Exteriores* con su Subsecretaría y sus Direcciones Generales, dependen la Junta de Relaciones Culturales y el Instituto de Cultura Hispánica.

Al de *Gobernación,* que cuida de la policía de seguridad y orden público, las relaciones del Estado con los Organismos Locales, etc., están adscritos, como Cuerpos Consultivos, el Consejo de Sanidad, el Consejo Superior de Protección a la Infancia y represión de la mendicidad, y el Consejo Superior de Beneficencia y Obras Sociales.

El *Ministerio del Ejército* (antes llamado de Guerra) fué creado por la Ley de 8 de agosto de 1939 y organizado por la Ley de 12 de julio de 1940. Aparte de la Subsecretaría, Estado Mayor y varias Direcciones Generales, integran este Ministerio, el Consejo Superior del Ejército, el Consejo Superior de Justicia Militar, la Escuela Superior del Ejército, la Ordenación de Pagos del Ejército y la Intervención General del mismo.

El *Ministerio de Marina,* aparte de la Defensa Naval y la Marina de Guerra, atiende a la navegación en general. Además de varios organismos centrales que integran este Ministerio, pertenecen a él el Consejo Superior de la Armada, la Dirección de Construcción de Industrias Navales Militares, etc.

El *Ministerio del Aire* fué creado por la Ley del 8 de agosto de 1939 y organizado por la de 12 de julio de 1940. Consta también de una Subsecretaría y varias Direcciones Generales, y pertenece a él, como órgano asesor, el Consejo Superior Aeronáutico.

El Decreto de 30 de agosto de 1939 creó el *Alto Estado Mayor,* como organismo directivo de trabajo de la defensa nacional y coordinador de los tres Estados Mayores de Tierra, Mar y Aire.

---

1 Para más detalles de la organización ministerial véanse los autores de Derecho Administrativo: p. ej. GARCÍA OVIEDO: Tít. II del Lib. II.

Al *Ministerio de Justicia,* con su Subsecretaría y Direcciones Generales, le corresponden, en primer término, los asuntos de justicia; a los que se juntan la administración de los intereses eclesiásticos, en su relación con el Estado, la fe pública y los Registros.

A este Ministerio están adscritos la Comisión Permanente de Legislación extranjera, la Escuela de Estudios Penitenciarios, la Comisión General de Codificación y el Instituto de Estudios Jurídicos.

Corresponde al importantísimo *Ministerio de Hacienda* la tarea de administrar la fortuna del Estado: ingresos con sus fuentes, gastos y servicios, etc. Su titular cuenta, para realizar su labor, con una Subsecretaría y varias Direcciones Generales. Forman parte del Ministerio el Tribunal Económico-Administrativo Central, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, etc.

En cada provincia y dependiente del Ministerio, existe una Delegación de Hacienda, como representante del poder central en la esfera económica del Estado.

El *Ministerio de Industria y Comercio* está al frente de estas dos ramas de la economía nacional y quedó organizado por Ley de 9 de noviembre de 1939. En contraste con otros Ministerios, cuenta con tres Subsecretarías: la de Industria, la de Comercio y Política Arancelaria y la de Marina Mercante, con varias Direcciones Generales. Depende del Ministerio la Comisaría General de Abastecimiento y Transportes, mientras subsista.

El *Ministerio de Agricultura* dispone también de una Subsecretaría y varias Direcciones Generales. Y, como órganos consultivos, le asesoran el Consejo Superior de Caza, Pesca fluvial, Cotos y Parques Nacionales; el Consejo Superior de Montes, el Agronómico, el Consejo Superior Pecuario y la Junta Consultiva de Prensa, Propaganda y Publicaciones.

El *Ministerio de Educación Nacional* tiene a su cargo la Enseñanza pública y la intervención del Estado en la privada y el Fomento general de la cultura. Fué reorganizado el Ministerio por Ley de 10 de abril de 1942.

Integran este Ministerio una Subsecretaría y varias Direcciones Generales, a las que se juntó la Subsecretaría de Prensa y Propaganda, adjudicada al principio al Ministerio de la Gobernación. Son órganos consultivos del Ministerio el Consejo Nacional de Educación, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el Instituto de España y el Consejo Nacional del Teatro.

El *Ministerio de Obras Públicas* atiende a las obras que realiza el Estado. Además de la Subsecretaría y Direcciones Generales, ayudan al Ministerio, como órganos consultivos, el Consejo de Obras Públicas, la Asesoría Jurídica y la Junta de Investigaciones Técnicas.

El *Ministerio del Trabajo* se ocupa de la política social, problemas de trabajo, previsión y seguridad sociales. Es Ministerio de reciente fundación (1920) y de singular importancia en los tiempos presentes. Consta de una Subsecretaría y de las Direcciones Generales de Trabajo, Jurisdicción de Trabajo y Previsión.

Todos los asuntos que atañen a las actividades sindicales pasaron a depender del Servicio de Sindicatos de F.E.T. y de las J.O.N.S. por la Ley de 8 de agosto de 1939.

El Decreto-Ley de 19 de julio de 1951 (B. O. 21 julio 1951), reorganizó la Administración Central del Estado, que hasta entonces venía rigiéndose por la Ley de 8 de agosto de 1939. Las modificaciones que el nuevo Decreto-Ley introduce en el Ministerio español se reducen a las siguientes:

1) El Ministerio de Industria y Comercio se desdobla en dos: el *Ministerio de Industria* y el *Ministerio de Comercio.*

El *Ministerio de Comercio* comprende los servicios que hasta ahora dependían de la Subsecretaría de Economía exterior y Comercio, la Subsecretaría de Marina mercante y la Comisión general de Abastecimientos y Transportes.

El *Ministerio de Industria* abarca las restantes organizaciones del anterior Ministerio de Industria y Comercio.

2) Se crea el *Ministerio de Información y Turismo* con una Subsecretaría. Comprenderá los servicios dependientes de la Subsecretaría de *Educación popular,* incluída hasta ahora en el *Ministerio de Educación Nacional,* y los comprendidos en la *Dirección del Turismo,* que se segrega del Ministerio de la Gobernación.

3) La Subsecretaría de la Presidencia del Consejo se eleva a la categoría de *Ministerio.* Su titular ejercerá las funciones de Secretario del Consejo de Ministros.

4) Habrá también un *Ministro sin cartera.* Lo será el Secretario general de la F.E.T. y de las J.O.N.S.

El Preámbulo del Decreto-Ley, al dar cuenta de la nueva reorganización, encarece el gran impulso que, desde la promulgación de la ley de 8 de agosto de 1939, han recibido las actividades nacionales. De ahí la necesidad de una mejor coordinación de la actividad de los Departamentos ministeriales y de mejorar, dándoles mayor eficacia, los servicios de algunos de ellos liberándolos de la sobrecarga de cuestiones que sobre ellos pesan.

Así se explica el desdoblamiento en dos del Ministerio de Industria y Comercio: Ministerio de Industria y Ministerio de Comercio; la creación de un *Ministerio de Información y Turismo,* desglosando del Ministerio de Educación Nacional la Subsecretaría de Educación popular con sus Direcciones de Prensa, Teatro, Radiodifusión, etc., y del

de Gobernación la Dirección general de Turismo, asuntos más que suficientes, en importancia y volumen, para encomendarlos a un Departamento.

Análogas consideraciones justifican la elevación de la Subsecretaría de la Presidencia a *Ministerio,* para hacerse cargo de la necesaria coordinación de las actividades de los distintos Departamentos ministeriales.

11. Posición jurídica. La responsabilidad de los Ministros. — La posición jurídica de los Ministros ante el Jefe del Estado y del Gobierno, fácilmente puede deducirse de lo que, al principio de este capítulo, queda consignado.

En el afán de buscar coincidencias o semejanzas con las fórmulas constitucionales hoy en boga sobre esta materia, podríamos decir que la posición de nuestro Ministerio y de nuestros Ministros se aproxima a la de los Secretarios norteamericanos ante su Presidencia, es decir, al sistema presidencialista de los EE. UU.; mientras está en franca oposición con los cánones parlamentarios vigentes en Francia o Inglaterra.

En la España actual, el Jefe de Estado y de Gobierno conserva en sí la plenitud de la potestad gubernativa. Así lo declara categóricamente el art. 7.º de la Ley de 8 de agosto de 1939: "radicando en él (Jefe del Estado) de modo permanente las funciones de gobierno..."

Pero, al mismo tiempo, como se desprende del mismo artículo, recaba la cooperación de los Ministros, a quienes nombra y separa libremente, y a quienes encomienda la iniciativa en la gestión de los asuntos de cada Departamento, en plena dependencia con él. Y perfilando aún más los conceptos, añade el mismo art. 7.º, que el Jefe del Estado podrá dictar disposiciones y resoluciones (nos referimos ahora a la esfera gubernativa) aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen; "si bien, en tales casos, el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones". Lo cual quiere decir que, cuando no existan razones de urgencia que lo aconsejen, las resoluciones y disposiciones gubernativas del Jefe del Estado deben ir precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros.

He aquí cómo resume el señor Lojendio esa posición de los Ministros: "El Gobierno actual en España es el órgano colegial

superior de la Administración Central del Estado, al que está encomendada la gestión superior de los servicios públicos bajo la directa dependencia del Jefe del Estado en su concepto de titular de su Presidencia; y que, además de colaborar por modo de delegación al ejercicio de la potestad ejecutiva reglamentaria a aquél conferida, cumple en régimen de estrecha colaboración las funciones de iniciativa y de consejo que, por naturaleza, le corresponden".

Viniendo al punto de la *responsabilidad* en que pueden incurrir, en el régimen actual, los Ministros, queda por de pronto descartada la *responsabilidad política* ante las Cortes. No se vislumbra el menor indicio de esa responsabilidad ni en las Leyes fundamentales, ni en la Ley de creación de las Cortes, ni en el Reglamento provisional de las mismas. Antes bien, la exigencia de dicha responsabilidad no se compagina con el espíritu del régimen, ni con las atribuciones que la Ley de su creación señalan a las Cortes, cuya misión principal es la de preparación y elaboración de las leyes; ni con el art. 6.º del Reglamento provisional donde se precisa la facultad de los Procuradores de dirigir ruegos y preguntas a los Ministros.

En cuanto a la *responsabilidad penal* de los Ministros, no aparece, en el nuevo régimen, ninguna disposición de Derecho positivo que a ella se refiera. No cabe, sin embargo, suponer que tal responsabilidad no exista.

De la consulta de precedentes que nos pudieran ilustrar sobre este punto, no creemos poder acudir al art. 92 de la Constitución republicana de 1931, repudiada, en su totalidad, por el nuevo régimen. El citado art. 92 hacía responsables a los Ministros, en el orden civil y criminal, por las infracciones de las Constituciones y de las Leyes. En caso de delito, el Congreso acusaba ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Admitía, pues, la responsabilidad penal, pero limitada a los actos de los Ministros que tuvieran figura positiva de delito.

En cuanto a la Constitución Monárquica de 1876, su art. 45 admitía la responsabilidad penal de los Ministros, los cuales serían acusados por el Congreso y juzgados por el Senado.

Hay plena claridad en el citado art., sobre la existencia de una responsabilidad penal y sobre los órganos que han de intervenir en la acusación y en el juicio; pero hay imprecisión y vaguedad sobre los actos por los cuales los Ministros, en el ejer-

cicio de sus funciones incurren en responsabilidad. Ni el art. 45 de la Constitución de 1876, ni la Ley de Procedimiento cuando el Senado se constituye en Tribunal de justicia (Ley de 1849) los señalan. Queda, pues, pendiente la duda: ¿incurren los Ministros en responsabilidad penal, lo mismo por actos calificados de delito, como por otros actos u omisiones, imputables a ellos, gravemente dañosos al país, aunque carezcan de calificación legal?

La legislación positiva española parece que se inclinaba a esta segunda posición: son también responsables los Ministros por actos u omisiones, imputables a ellos, gravemente dañosos al país, aunque carezcan de calificación legal.

Las reglas de procedimiento establecidas para el caso de responsabilidad ministerial, primero en el Título III de la Ley de 1849, rotulado: "Disposiciones particulares relativas a los procesos de los Ministros"; y luego en el Título XIX del Reglamento del Congreso dedicado a: "La acusación de los Ministros", no limitan, al contrario, tienen reflexivo cuidado de no limitar la responsabilidad ministerial a los delitos calificados. Y decimos que ponen cuidado reflexivo, porque esa misma Ley de 1849, en sus demás Títulos y Secciones en que habla también de hechos punibles cometidos por los Senadores que han jurado el cargo y por cualquier ciudadano contra la seguridad del Estado o la personal del Rey, usa, sin escrúpulo alguno, la palabra *delito cometido* (arts. 25 y 38, y nn. 2 y 3 del art. 1.º). Sólo en el número 1.º del art. 1.º y en el Título 3.º, es decir, cuando se refiere a los Ministros y a las disposiciones particulares relativas a los Ministros, omite la palabra delito.[1]

La *responsabilidad* civil de los Ministros por daños y perjuicios inferidos al Estado o a los particulares con sus actos públicos, se rige, por la aún vigente Ley de 5 de abril de 1904. Quedan, pues, obligados a resarcir al reclamante agraviado los daños y perjuicios que le causen con la infracción, por actos u

1 Se discutió este problema (de la aplicación o no aplicación a los Ministros del axioma de Derecho Penal: "*Nullum crimen, y nulla poena sine lege*") en el Congreso español con ocasión de las responsabilidades derivadas de los desastres militares de Melilla. D. Antonio Maura, contra los señores Melquiades Álvarez y Alcalá Zamora, defendió la opinión que exponemos en el texto. Véase *Diario de Sesiones*, extracto oficial n.º 112 (1923, abril) y *Razón y Fe*, mayo 1923, "La responsabilidad de los Ministros de la Corona".

omisiones, de un precepto cuya observancia les haya sido reclamada por escrito. Asumen también la responsabilidad civil de sus inferiores jerárquicos, cuando expresamente aprueban los actos y omisiones de ellos.

12. La función gubernativa en los organismos locales. División territorial. — La Constitución de Cádiz, en su art. 10, describe y enumera las regiones o partes en que se consideraba dividido el territorio del Reino de España, en aquel entonces. Y anuncia, en el siguiente artículo 11, una nueva división más conveniente del territorio español, por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la nación lo permitan.

Esta división más conveniente la trajo, por fin, el R. D. de 27 de enero de 1822 que, inspirado en el criterio uniformista y administrativo del Departamento francés, dividió la península en provincias. La provincia, como el Departamento, es una circunscripción o zona determinada del país, subordinada del Estado para el régimen de sus servicios, y centro, a la vez, de intereses locales.

En cuanto al Municipio en España — el Concejo — es organismo muy antiguo, de carácter no puramente administrativo, sino aun político, que se gobernaba con leyes, autoridades y aun con milicias propias. No nos toca a nosotros historiar sus épocas de apogeo y decadencia.

Pero los Municipios y Ayuntamientos constitucionales, desde principios del pasado siglo XIX, revisten otro carácter. No son floración espontánea de la vida local, reconocida así por los Reyes, sino creación artificial del Estado, para promover, principalmente, intereses generales.

"La Comisión — decían los autores de la Constitución de Cádiz — cree que, generalizando los Ayuntamientos en toda la extensión de la Monarquía, *bajo reglas fijas y uniformes,* en que sirva de base principal la libre elección de los pueblos, se llevará a esta saludable institución toda la perfección que pueda desearse. Su objeto es *fomentar,* por todos los medios posibles, la prosperidad nacional."[1]

Desde principios del siglo XIX hasta nuestros días, Provincias y Municipios, dentro del marco constitucional — modelo francés — de uniformidad y centralización, han ido evolucionando y transformándose, a golpes de RR. DD. y Leyes que los modificaban en su forma-

1 Discurso preliminar.

ción, atributos y dependencia mayor o menor del Estado. Pero siempre han sido zonas territoriales que el Estado ha utilizado para sus servicios generales, dejándoles mayor o menor margen para fomento y administración de sus intereses locales.

No nos toca a nosotros seguir el desarrollo de esa evolución, asunto que compete a los historiadores del Derecho y al Derecho Administrativo a cuyos tratados remitimos al lector.

Sólo hemos de indicar, en cuanto al régimen municipal, que, en los últimos lustros, estuvieron vigentes las leyes de 2 de octubre de 1877, y el *Estatuto Municipal* que, con fuerza de Ley, promulgó el R. D. de 8 de marzo de 1924. Pero fué derogado el Estatuto, en su mayor parte, por la República, por Decreto-Ley de 16 de julio de 1931, y restituída a su vigencia la Ley de octubre de 1877.

Aún vinieron nuevas leyes, como la del 31 de octubre de 1931, y otras particulares, como la de los Municipios adoptados por el Jefe del Estado, sobre el régimen de las ciudades de Ceuta y Melilla, sobre Hacienda Municipal; hasta desembocar en la "Ley de Bases de régimen local" promulgada el 18 de julio de 1945.

En cuanto a la Provincia, estuvo vigente durante las últimas décadas la Ley provincial de 29 de agosto de 1882, sustituída por el Estatuto provincial de marzo de 1925. Con el advenimiento de la República, establecidas, con carácter transitorio, las *Comisiones Gestoras*, el Decreto-Ley de 16 de junio de 1931 restableció en plena vigencia, con excepción de algunos puntos, la Ley provincial de 29 de agosto de 1877.

El nuevo Estado implantó de nuevo las Comisiones gestoras provinciales, hasta venir a la "Ley de Bases de régimen local" de 17 de julio de 1945, y más tarde al texto articulado de la misma ley, aprobado por el Decreto de 16 de diciembre de 1950 (B. O. 29 diciembre de 1950).

13. Ley de régimen local (16 diciembre 1950). — Comienza la Ley admitiendo como supuesta la división territorial implantada en Cádiz. "El Estado español, dice el art. 1.º, se halla integrado por las entidades naturales que constituyen los Municipios agrupados teritorialmente en Provincias".

El gobierno y dirección de los intereses peculiares de los Municipios y Provincias, corresponde a los órganos representativos de las mismas, los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales, que son corporaciones públicas de fines económico-administrativos. Pero, en aquellas materias que la Ley no confíe a su exclusiva competencia, tanto los Municipios como las

Provincias actuarán bajo la dirección administrativa del Ministerio de la Gobernación (arts. 5.º y 7.º).

14. Entidades municipales. Su organización. — Son entidades municipales el Municipio, la entidad local menor, la mancomunidad voluntaria y la agrupación municipal forzosa (art. 10).

Puede definirse el *Municipio* una asociación natural de carácter público de personas y bienes, constituído por necesarias relaciones de vecindad y domicilio dentro de un territorio determinado.

Son *entidades locales menores* las aldeas, anteiglesias, parroquias, lugares, barrios, caseríos que forman núcleos separados de población y son parte integrante de sus Municipios, con territorio propio y administración especial de sus peculiares derechos e intereses colectivos. Están representadas legalmente por la *Junta vecinal.*

Las *agrupaciones municipales voluntarias o forzosas,* se forman con la unión de Municipios para realizar fines, obras y servicios municipales o delegados de la Administración central (Royo Villanova).

En todo Municipio habrá un Ayuntamiento, presidido por un Alcalde, a quienes corresponde el gobierno y administración del Municipio, uno y otro con atribuciones propias (art. 58).

El Alcalde es Presidente del Ayuntamiento, Jefe de la Administración Municipal y Delegado del Gobierno en el término, salvo en los casos exceptuados por la Ley (art. 59).

El cargo de Alcalde es obligatorio y gratuito[1] y su nombramiento corresponde al Ministro de la Gobernación en las capitales de provincia y Municipios de más de 10.000 habitantes. En los demás Municipios, los nombra el Gobernador Civil, dando cuenta previamente al Ministro de la Gobernación (art. 62).

Para ser Alcalde se requiere ser español, mayor de 25 años y reunir las debidas condiciones de idoneidad, competencia y arraigo en la localidad (art. 60). El cargo de Alcalde ahora es de duración indefinida.

Los *Concejales* en número de 3 a 24, según la población, serán nombrados por terceras partes (art. 74):

---

1 En Municipio de más de 10.000 habitantes, el Ayuntamiento podrá asignar al Alcalde una cantidad fija para gastos de representación que, en ningún caso, excederá del uno por ciento del presupuesto ordinario de ingresos (art. 64-2).

a) Por elección de vecinos, cabezas de familia.

b) Por elección de organismos sindicales radicantes en el término.

c) Por elección que harán los Concejales representantes de los dos grupos anteriores, entre vecinos, miembros de entidades económicas, culturales y profesionales en el término; o, si éstas no existiesen, entre vecinos de reconocido prestigio en la localidad. Para este último grupo, el Gobernador Civil propondrá una lista de candidatos, en número triple del de Concejales que hayan de ser elegidos (art. 92). El cargo de Concejal es obligatorio y gratuito. Se renueva por mitad cada tres años.

El gobierno y administración de la entidad local menor corre a cargo del Alcalde pedáneo y de la Junta Vecinal. Nombra al Alcalde pedáneo el Gobernador Civil, a propuesta del Alcalde, entre los vecinos, cabeza de familia, con residencia en la entidad. La Junta Vecinal está compuesta por el Alcalde pedáneo y dos vocales designados por el Ayuntamiento entre vecinos cabezas de familia, residentes en la entidad.

Subsisten los Concejos abiertos y Asambleas vecinales donde tradicionalmente vengan funcionando.

Tanto los Ayuntamientos, como las Juntas Vecinales, se renovarán por mitad cada tres años.

Las *agrupaciones inter-municipales,* voluntarias o forzosas, se regirán por sus respectivos Estatutos u Ordenanzas aprobados por el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado.

La *Ley* (arts. 94 y sig.) abre también la puerta al *régimen de Carta,* que puede concederse a los Municipios cuyos Ayuntamientos lo pidiesen, previa información pública. La concesión de Cartas Municipales corresponde al Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de la Gobernación, y con informe del Ministerio de Hacienda (si se trata de Carta económica) y del Consejo de Estado.

15. La Provincia. Su organización. — Tal como ahora está constituída, apareció en España, como lo hemos indicado líneas antes, con el régimen constitucional. Fué la Constitución de Cádiz la que, confiriendo el gobierno político de la Provincia a un Jefe nombrado por el Rey, y creando una Diputación provincial para promover la prosperidad de la Provincia, instituyó esa duplicidad de órganos: delegados unos del Gobierno y representantes suyos (el actual Gobernador civil) y representantes otros de la Provincia, elegidos por ésta, de forma colegiada y función deliberante.

Actualmente, y según el texto articulado de la Ley, el territorio español se divide en 50 Provincias con los límites, denominación y capitalidad que tienen actualmente. Todas las Provincias tienen idéntica categoría legal en cuanto a gobierno, administración y régimen económico. Se mantienen las particularidades de su régimen propio en Álava y Navarra (Lib. 2.º Cap. I).

Son órganos de gobierno y administración de la Provincia el Gobernador civil, el Presidente de la Diputación y la Comisión provincial de servicios técnicos, conforme a la ley (art. 211).

El *Gobernador civil* es la primera autoridad de la Provincia como representante del Gobierno y Delegado permanente del poder central (art. 212). Su nombramiento y separación se hace por Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Gobernación, de quien los Gobernadores dependen directamente (art. 213).

Además de ser español y mayor de 25 años, se requiere para ser nombrado Gobernador civil:

a) haber sido Ministro, Subsecretario o Director general de un Ministerio, Procurador en Cortes, Consejero de Estado, o haber desempeñado jerarquía nacional en el Movimiento;

b) poseer título profesional universitario o de Escuela especial Superior o categoría de Jefe de Administración civil;

c) tener o haber tenido empleo efectivo de Jefe en los Ejércitos de tierra, mar o aire;

d) ser o haber sido durante dos años, Presidente de la Diputación o Alcalde de Municipio de población superior a 30.000 almas;

e) haber sido Gobernador civil o haber prestado a la nación servicios que, a juicio del Gobierno, le capaciten para el cargo (art. 214).

En casos de ausencia, vacante o enfermedad, la sustitución recaerá indistintamente en el Presidente de la Audiencia, de la Diputación o en el Secretario del Gobierno civil (art. 218).

El *Presidente de la Diputación,* lo nombra y separa, libremente, el Ministro de la Gobernación, y ha de reunir las mismas condiciones requeridas para ser Alcalde (art. 60). El Presidente nombra, de entre los Diputados, al Vicepresidente que le sustituya en casos de ausencia, enfermedad o vacante (art. 224).

La *Comisión provincial de Servicios Técnicos,* está presidida por el Presidente de la Diputación (salvo que a sus sesiones asista el Gobernador civil), e integrada por las Jefaturas provinciales de los servicios del Estado. Actúa de Secretario el que lo fuera de la Diputación. La Comisión tiene por misión asesorar y auxiliar a los Municipios, elaborar planos de obras, de urbanización, servicios, etc. (art. 237).

Integran *la Diputación* el Presidente y los Diputados provinciales, elegidos estos últimos por los Partidos judiciales y por las Corporaciones y Entidades económicas, culturales y profesionales radicadas en la Provincia.

Para la elección, los Ayuntamientos se agrupan por Partidos judiciales, y cada Partido elige un Diputado entre sus Alcaldes y Concejales. Pero, en el Partido judicial cuya capital lo sea de la Provincia y tenga una población superior a 100.000 habitantes, elegirán un representante más por cada 500.000 habitantes. De la misma manera, las Provincias que tengan menos de 6 Partidos judiciales y población total superior a 300.000 habitantes de derecho, elegirán doble número de representantes del que les correspondería elegir si no mediaran tales circunstancias.

Las *corporaciones y entidades económicas, culturales y profesionales* de la Provincia elegirán un número de Diputados que no exceda de la mitad de Diputados representantes de los Partidos judiciales. La elección se hace de entre una lista de candidatos propuesta por el Gobernador civil, en número triple al menos del de las vacantes que hayan de cubrirse. Tienen derecho a elegir, los compromisarios de las Corporaciones y Entidades que tengan reconocido su derecho electoral, mediante la inscripción en un registro corporativo que se llevará en el Gobierno civil.

El cargo de Diputado es obligatorio y gratuito; y la Diputación se renueva, por mitad, cada tres años (art. 226).

SECCIÓN CUARTA: LA FUNCIÓN JUDICIAL

CAPÍTULO PRIMERO

SUMARIO: 1. El poder judicial: su concepto. — 2. Fórmulas equivocadas sobre la naturaleza y objeto de la función judicial. — 3. Autonomía de la función judicial. — 4. Su competencia. — 5. ¿Pueden los órganos judiciales declarar nulas, por anticonstitucionales, las leyes dictadas por el órgano legislativo? — 6. La unidad de la función judicial y jurisdicciones especiales: *a*) Jurisdicción eclesiástica; *b*) militar; *c*) magistratura de trabajo; *d*) Tribunales de Niños; *e*) Jurisdicción contencioso-administrativa; *f*) Tribunales Constitucionales. — 7. La Justicia se administra en nombre del Rey. — 8. El derecho de gracia.[1]

1. El poder judicial; su concepto. — Otra de las funciones esenciales de la soberanía es la llamada *jurisdiccional,* que atiende a la solución o prevención de situaciones contenciosas que han de producirse entre los ciudadanos o entre los ciudadanos y el Estado.

Función distinta de la *legislativa,* cuya misión primordial es proclamar las normas generales por las que se rige la sociedad civil; y distinta de la *ejecutiva* o *gubernamental* que, no sólo provee a la ejecución de las leyes, sino que procura la satisfacción de las necesidades y exigencias que el ritmo de toda vida social, ordenada y progresiva, requiere.

Descartada para la solución de conflictos y divergencias ciudadanas la guerra privada, como antijurídica, y el acuerdo amigable, como insuficiente, se presenta la necesidad de la intervención de la autoridad pública que, previo examen de los

---

1 P. N. GÜENECHEA: *Principia juris politici,* vol. II, cc. 24 y 25; RUIZ DEL CASTILLO: Op. cit., nn. 196 y ss.; ORBAN: *Le Droit Constitutionnel de la Belgique,* t. II, nn. 244 y ss.; J. DAVIN: *Doctrina general del Estado,* n. 157; W. B. MUNRO: Op. cit., cc. 34 y 35; T. MORSTEIN: Op. cit. (passim); G. VEDEL: Op. cit., pp. 551 y ss.

hechos y la aplicación de principios de justicia, declare los derechos y los imponga con toda la fuerza de la autoridad soberana. Y he ahí uno de los atributos de esa autoridad: la facultad y el deber de declarar y hacer valer los derechos en forma oficial, auténtica y soberana.

Decimos los derechos: no solamente aquellos que directamente nacen de un precepto legislativo dado en Cortes, sino de todas las demás fuentes legítimas, naturales y positivas, de derechos, como los contratos privados, testamentos, actos administrativos, ley natural, equidad, tratados; en una palabra, de todas las manifestaciones de voluntad reconocidas válidamente como originarias de derechos y obligaciones.

Y existe la necesidad de esa declaración auténtica y soberana del derecho, por varios motivos:

1) En todo caso, siempre que haya violación de las leyes. Y no sólo porque toda violación debe ser castigada y restablecido el derecho perturbado, por las razones y fines que estudia el Derecho penal; sino porque no se debe proceder a ese castigo ni a ese restablecimiento, sin que preceda un juicio en que oficialmente conste el delito y la culpabilidad del delincuente; así lo exige la seguridad personal y la libertad social.

2) Sin que exista violación de derecho, puede sobrevenir un disentimiento en la manera de apreciarlo entre particulares o entre los particulares y el Estado. La fórmula de un contrato o testamento, el alcance práctico de una ley o de un reglamento, la fórmula objetiva de aplicar un derecho, etc., suscitan con frecuencia dudas y desavenencias en las que están comprometidos grandes y vitales intereses. La autoridad soberana ha de poder intervenir para resolver auténtica y definitivamente esos conflictos.

3) Sin que sobrevenga ninguna de las situaciones anteriores, la segura realización de derechos, ni discutidos ni violados, como preliminar indispensable para proceder a su ejercicio. Así, por ejemplo, la existencia de una deuda reconocida, pero no pagada, otorga al acreedor sobre los bienes o sobre la persona del deudor determinados derechos, cuya realización, a su vez, implica actos coactivos. Pero, ya por el axioma de que no es lícito tomarse la justicia por su mano, ya porque es necesaria la intervención de agentes de autoriuad, debe, siempre, preceder una oficial declaración del derecho y la autorización, y,

a veces, el mandato de que se realicen determinados actos. En la ejecución de un testamento, en la toma de posesión y ejercicio de la tutela, la intervención de la autoridad soberana y oficial no sólo se justifica plenamente, con el fin de resolver las disensiones que en la fijación de los nuevos derechos y obligaciones pudieran brotar, sino también por la necesidad y conveniencia de prevenirlas.

De donde se deduce que abarca esta función judicial dos notas o caracteres esenciales: 1) es un poder que proclama auténtica y definitivamente el derecho; 2) y lo impone con toda la fuerza y eficacia de la autoridad soberana.

A estos dos actos suele preceder siempre la averiguación, la investigación del derecho; investigación que, de ordinario, corre a cargo de los mismos órganos judiciales que luego lo declaran e imponen. Pero esa investigación no es acto esencial de la misma función, y puede encargarse a otros organismos no investidos de jurisdicción ni autoridad, pero aptos, por su ciencia y probidad, para auxiliar, con sus dictámenes e informes, a las autoridades judiciales. La investigación del derecho, por consiguiente, no es más que una condición preliminar, indispensable para el ejercicio del poder judicial.

El ilustre Prof. *Ruiz del Castillo*,[1] con otros autores, distingue el poder judicial y la función jurisdiccional. *Poder judicial* es el poder del Estado que interpreta la ley en los casos *contenciosos* y conserva, interpretándolo, el derecho común. En cambio, la *función jurisdiccional* es la intervención de cualquier poder del Estado, bien para deslindar derechos que, sin ser objeto de contienda, conviene autenticar (jurisdicción voluntaria), bien para declararlos en el curso de una contienda que no afecta al derecho común.

A nuestro entender, la distinción no viene a proyectar nueva luz sobre el concepto de esta actividad soberana. Dió ocasión a ella, la separación de poderes de Montesquieu, o su estrecha interpretación. Prácticamente se ha visto que el llamado poder judicial no monopolizaba la función de juzgar; que otros poderes y órganos también juzgaban, como el Senado, los Tribunales constitucionales, etc.

Por eso, creemos nosotros que no hay más que una sola *función jurisdiccional*. El que, además de los órganos judiciales, haya otros que ejerzan esa misión, no cambia en nada la naturaleza de esa función, una de las grandes direcciones de la actividad soberana y cuya noción hemos procurado exponer más arriba.

---

1 Op. cit., n. 196.

2. Fórmulas equivocadas sobre la naturaleza y objeto del poder judicial.[1] — No todos están conformes con la noción que en líneas anteriores hemos dado de la función jurisdiccional, y sigue aún viva la discusión sobre su naturaleza.

Hauriou la elimina del cuadro de las funciones del Estado.

Duguit supone que la función judicial es un incidente de la ejecución de la ley.

Carré de Malberg no considera la función judicial como función distinta; porque o funda reglas de derecho, confundiéndose con la función legislativa; o no absorbe la misión contenciosa, que, encomendada a otras autoridades, deciden cuestiones de Derecho.

Barthelemy-Duez quitan toda importancia al problema, reputándolo puramente metafísico, sin ninguna influencia en el derecho positivo. Por lo mismo, los autores contemporáneos se desdeñan de prestarles alguna atención.

1) De las desviaciones anteriores la más difundida es la que hace de la función judicial una rama de la ejecutiva, un incidente de la ejecución. Expone la teoría ampliamente y la defiende con calor el Prof. *Duguit* en el lugar antes citado. La refuta con la misma extensión y fervor *Esmein.*

"Considera, escribe el Prof. parisino, esa teoría a la autoridad judicial como parte del poder ejecutivo, y como si fuera simplemente una rama de este último. Y, en apariencia, razona en forma muy rigurosa. En la vida misma de la ley, dicen, no se conciben más que dos momentos o dos fases distintas: la formación y la ejecución, el acto que la crea y el acto que la ejecuta. No se conciben, por consiguiente, más que dos poderes distintos: el poder legislativo y el poder ejecutivo. Las contiendas y litigios que, en cuanto a la aplicación de la ley, pueden sobrevenir, no pasan de ser incidentes de ejecución, caen, por lo tanto, dentro del dominio del poder ejecutivo; sólo conviene que éste encargue su solución a funcionarios especiales".[2]

---

1 HAURIOU: *Précis de Droit constitutionnel,* pp. 302 y ss. y p. 408; DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel,* t. II, párr. 28 y 41; CARRÉ DE MALBERG: *Teoría general del Estado,* nn. 230 y ss. (Trad. española. Fondo de cultura económica, Pawico, 63. Méjico); BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit, páginas 141-3.

2 ESMEIN: *Eléments de Droit constitutionnel,* parte 1.ª, tít. II, capítulo III. Edic. 1927.

Pero como hace notar el Prof. belga *J. Davin,* la labor del Juez no se reduce a la mera aplicación de la ley positiva. Claro es que el Juez ha de aplicar la ley cuando exista. Pero, previamente, ha de examinar y apreciar los hechos para coordinarlos, con justo acomodamiento, a la ley. Tanto más cuanto que, a veces, el debate y el proceso no recaen tanto sobre la ley, sino sobre los hechos. Se incurre, por consiguiente, en un error al reducir toda la labor que supone un proceso a la mera aplicación de la ley, confundiendo al Juez con un agente ejecutivo o alguacil.

Se olvidan, además, que el Juez, si bien, por punto general, debe siempre juzgar conforme a la ley positiva vigente, no repugna, sin embargo, el que, a veces, no pueda acomodarse a ella, porque no exista o porque sea oscura e insuficiente, o porque la letra de la ley resulte opuesta al espíritu de la misma, o, finalmente, porque sea notoriamente injusta y contra el derecho natural.

He aquí la razón. Deben los Jueces, por lo general, juzgar siempre conforme a la ley escrita; porque oficio del juez es, no la enunciación de normas generales de Derecho, sino la declaración autoritaria de los derechos en concreto. Ahora bien, de ordinario (así debía ser siempre) las leyes positivas han de ser expresión desarrollada de la ley natural o expresión de la autoridad legítima, que, bajo los auspicios de la ley natural, preceptúa lo que es justo o conveniente para el bien social en materia sometida a su jurisdicción. Pero no repugna la promulgación, en forma de ley positiva, de preceptos injustos y contra la ley natural que, como dice Sto. Tomás, "no tienen fuerza de obligar" y "conforme a los cuales no se puede juzgar".[1]

Además, no llega el legislador muchas veces a dar a la ley escrita la precisión y la elasticidad suficientes, o mejor dicho, deseables. Por lo cual, puede presumirse, razonablemente, que no es su intención, ni, por lo tanto, el espíritu de la ley, el aplicarla con todo el rigor obvio de sus palabras a determinados casos. Entonces parece que la justicia reclama que el juez se atenga, más que a la letra de la ley, a su espíritu y a la mente del legislador, y, en último caso, a los principios generales del Derecho.

No hay por qué negar que esta doctrina, verdadera en sí, ofrece serios peligros en la práctica de la vida; porque pueden acogerse a ella, no los buenos Jueces guiados por la justicia, sino los malos o poco escrupulosos para torcer el sentido de la ley al logro de sus particulares intereses y fines. Sin embargo, debe proclamarse tal como es,

1 Sto. Tomás: *Sum. Teolog.*, 2-2, q. 69, a. 5 ad 1.

si bien sosteniendo que el Juez, por regla general, debe juzgar según las leyes escritas; y que, en los casos señalados, en que, por razones de justicia, pueda y deba separarse de la ley, la injusticia e insuficiencia de ésta o la pugna entre su espíritu y letra deben aparecer claras e indubitables.

2) En cuanto a *Carré de Malberg* claramente resalta en su raciocinio la confusión en que incurre, de función y de órgano.

"Una función seguiría siendo distinta aunque fuera cumplida por varios órganos, y aunque un mismo órgano participara en el ejercicio de varias funciones." (*Davin*, loc. cit.)

Además, el Juez no hace la ley; declara e impone el derecho en un caso determinado. Pero no elabora reglas de carácter general, obligatorias para todos.

3) Finalmente, el Prof. *Hauriou*, al eliminar a la función judicial del cuadro de los poderes del Estado, insiste principalmente en la idea de que la función judicial salió del cuadro de los poderes del Estado desde que cesó de ser una función política. Y ello ocurrió en el momento en que los Parlamentos judiciales perdieron la facultad de derogar las ordenanzas reales, impidiendo su inserción en el registro.[1]

Pues bien: ejerce una función política quien ejerce una actividad del Estado requerida por la política (en su amplio sentido, no en el de política partidista); es decir, una actividad necesaria o conveniente para la realización de los fines del orden político, uno de los cuales, y de los más principales, es la pacificación, el mantenimiento de la paz entre los ciudadanos. Y sin duda, que una de las actividades que más contribuyen a la pacificación social es la de juzgar, el resolver y el prevenir los conflictos conforme a razón y conforme a derecho.

3. Autonomía de la función judicial. — La autonomía del poder judicial, es decir, su ejercicio por órganos distintos e independientes de los órganos que ejercen las otras dos funciones, es un postulado evidente en la ciencia política.

En primer lugar, esa autonomía es consecuencia natural del principio de la división del trabajo y de la especialidad técnica que la función misma reclama. Porque, si no bastara la razón

---

1 V. G. VEDEL: Op. cit., p. 562.

de la insuficiencia de las fuerzas humanas, físicas y morales, para la labor complejísima de los distintos poderes, aún queda el motivo de la especialidad de la función que requiere aptitudes particulares, conocimientos jurídicos, preparación profesional, condiciones de independencia e imparcialidad, que, de suyo, no pueden encontrarse reunidas en los encargados de las otras funciones.

Pero no es ésa la razón principal, con ser tan importante. Función capitalísima en un Estado, la judicial, a su protección están encomendados los intereses más caros y esenciales de la sociedad: la paz, el orden, vida, honra y hacienda. Intereses todos que sólo se mantienen intactos y seguros bajo la salvaguardia inflexible del reconocimiento y respeto de los derechos legítimamente adquiridos. Los jueces por lo tanto,[1] puesta la vista tan sólo en la justicia, sin acepción de persona, ni de intereses, deben dar, o estar en situación de dar sus fallos con entera libertad, imparcialidad e independencia. Y esa situación de independencia no la encuentra sino fuera de la esfera en que vive y se mueve la actividad ejecutiva, libre de sus halagos y de sus coacciones, de sus influencias políticas y partidistas.

Y esta consideración, que tiene gran fuerza, cualquiera que sea el régimen político imperante, la tiene mucho mayor tratándose del régimen representativo moderno. Porque, como dice Hamilton, es el judicial el más débil de todos los poderes, y "está expuesto continuamente al peligro de ser dominado, intimidado, influído por los otros poderes con los que está coordinado". Los partidos o fracciones que gobiernan y dominan en el poder ejecutivo, para mantenerse en él indefinidamente e imponer a capricho su voluntad, se sienten inclinados a utilizar todos los resortes sociales y legales; uno de los cuales, el más importante, es el del poder judicial, guardador de vidas, honras y haciendas. De aquí la formidable acción que pudieran desarrollar manejando a su antojo la voluntad de los jueces, disponiendo, como disponen, por otra parte, de la fuerza y de los honores y, en gran parte, del dinero. "De donde resulta indiscutiblemente, dice Hamilton, que el poder judicial, sin comparación, es el más débil de los departamentos del poder; que no está nunca en condiciones de atacar con éxito a ninguno de los

1 MEYER: Op. cit., tomo II, n. 580.

otros poderes; y que es menester ponerle, con todo cuidado, en condiciones de defenderse contra los ataques de los otros."[1]

A eso obedecen los medios que para asegurar la independencia judicial establecen las Constituciones, como la inamovilidad judicial, la permanencia de las funciones judiciales, las incompatibilidades, la retribución fija y otros de que más adelante nos hemos de ocupar.

Este principio de la autonomía e independencia de la función judicial que con tanta firmeza reclaman los comentaristas norteamericanos, la hacen efectiva las Constituciones con diversos procedimientos. Los anglosajones, ingleses y norteamericanos, dejan en manos de los Jefes de Gobierno el nombramiento de los Magistrados y Jueces, al menos, de los grados superiores; pero rodeándoles, al mismo tiempo, con garantías de inamovilidad, de espléndida remuneración y, sobre todo, de estabilidad, con las cuales pueden conservarse inmunes y defenderse de halagos o coacciones de que pudieran ser objeto por parte de las más altas instituciones del Estado. Los Magistrados de esas naciones "conservan sus cargos mientras *observen buena conducta*".

Las nuevas Constituciones francesa e italiana, para conseguir ese fin y establecer "un orden autónomo e independiente de todo otro poder" (Constitución italiana, art. 104), han creado un *Consejo Superior de la Magistratura.*

"El Consejo Superior de la Magistratura, reza el art. 84 de la Constitución francesa, asegura, conforme a la ley, la disciplina de los Magistrados, su independencia y la administración de los Tribunales judiciales."

En forma similar se expresa el art. 105 de la Constitución italiana. El medio para lograr esa finalidad consiste en dosificar en forma adecuada la composición del Consejo. Forman el Consejo representantes de las Asambleas legislativas, del Gobierno y del Cuerpo judicial, en tal proporción, que mutuamente se neutralicen y ninguna representación tenga, o pueda adquirir, predominio sobre las otras.

El Consejo Superior de la Magistratura, en Francia se compone de:

1) el Presidente de la República, Presidente;

---

1 *Le Fédéraliste,* n. 78.

2) el Ministro de Justicia, Vice-Presidente;

3) seis miembros elegidos por la Asamblea Nacional, por mayoría de dos tercios, y que no sean Diputados;

4) cuatro Magistrados elegidos por el cuerpo judicial y que representen cada una de sus categorías;

5) dos miembros elegidos por el Presidente de la República fuera de la Asamblea Nacional y de la Magistratura, pero del seno de las profesiones judiciales.

Compete al Consejo Superior de la Magistratura, aparte de mantener, a tenor del art. 83 de la Constitución, la disciplina, la independencia de los Magistrados, y vigilar la administración de los Tribunales, la presentación de los Magistrados que ha de nombrar el Presidente de la República, y asesorar a éste en el ejercicio del derecho de *gracia.*[1]

4. Competencia de la función judicial. — Lógicamente, la competencia del poder judicial debe extenderse hasta donde se extiende su objeto propio. Ha de llegar, por lo tanto, hasta donde sea precisa una declaración auténtica del derecho y la subsiguiente imposición soberana.

Ahora bien, como indicamos suficientemente más arriba, exige esa declaración la más segura realización de determinados derechos, ni discutidos, ni violados, para evitar futuros litigios y prevenir posibles obstáculos y resistencias. Y por lo mismo que, en estas circunstancias, no se interpone, de momento, ningún obstáculo legal, ni material, ni se dirime ninguna diferencia, se dice que la función judicial actúa en *jurisdicción voluntaria.*

Otras veces es una diferencia, un litigio, que se suscita entre dos o varios ciudadanos, el que demanda la intervención judicial. Si el litigio se mantiene de buena fe, sin que haya precedido ninguna violación intencionada del derecho ajeno, pretendiendo cada una de las partes tenerle a su favor y reclamando una declaración soberana en dicho sentido, actúa la autoridad judicial en *jurisdicción contenciosa civil.* Pero si el conflicto estalla por una clara o supuesta violación intencionada de la ley, que constituye un delito, discutiéndose y reclamando

1 G. VEDEL: *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel,* p. 559. (Sirey-París, 1949). Const. francesa (1946), arts. 83 y 84; CALAMANDREI: Op. cit., vol. II. La Magistratura, nn. 2 y 3. Constit. italiana (1947), artículos 101 y ss.

una declaración sobre su existencia, su alcance y consecuencia jurídicas, estamos en la esfera de la *jurisdicción criminal.*

Sobre las anteriores afirmaciones no existen discrepancias doctrinales; si bien pudiera discutirse sobre el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Pero queda, sobre todo, un punto que ofrece la Constitución de los EE. UU. de Norteamérica, muy discutido, cual es, si entra en el campo de las atribuciones del poder judicial el juzgar aun de las decisiones y acuerdos emanados del poder legislativo, declarándolos, en su caso, anticonstitucionales y, por lo tanto, nulos.

5. ¿Pueden los órganos judiciales declarar nulas, por anticonstitucionales, las leyes dictadas por el órgano legislativo? — Propónese la cuestión a propósito de la costumbre de derecho público admitida en la República Norteamericana, costumbre fundada en la misma Constitución, en virtud de la cual, el Tribunal Supremo tiene derecho para declarar anticonstitucionales y, por lo tanto, inaplicables en la práctica, las leyes dadas por el Congreso, cuando las juzgue contrarias a la Constitución de la República o dadas fuera de las atribuciones señaladas en la misma Constitución.

"Ningún punto del gobierno de los EE. UU. ha despertado tanta curiosidad en el pensamiento europeo, ni ha dado lugar a tantas discusiones, ni provocado tanta admiración, ni ha sido con más frecuencia mal entendido, que los deberes asignados al Tribunal Supremo, y las funciones que llena en cuanto que es guardián del arca de la Constitución. Y, sin embargo, no hay en este asunto ningún misterio. Nada nuevo, ni complicado. Es la cosa más sencilla del mundo, si se la considera de buen lado".[1]

He aquí la explicación. Hay en América del Norte un documento público, la Constitución, adoptada por el pueblo en 1788, varias veces enmendada posteriormente, documento que es la base del Gobierno nacional. Esa Constitución fué ratificada e impuesta como obligatoria, no por el Congreso de los EE. UU. sino por el pueblo americano, reunido en Convenciones en los 13 Estados que formaban entonces la Confederación.

Ahora bien: esa Constitución crea un órgano legislativo compuesto de dos Cámaras. Pero ese órgano legislativo, que allí se llama el Congreso, no tiene facultades para tocar, en lo

1 BRYCE: *La Republique americaine*, t. I, c. XXII; MUNRO: *The government of the United States*, c. 35. Macmillan, 1950.

más mínimo, la Constitución; al revés, está sometido a ella por voluntad expresa del mismo pueblo americano, que la ha hecho, ratificado e impuesto. Por lo tanto, ese Congreso al revés de lo que acontece al Parlamento inglés, tiene sus atribuciones limitadas; no puede traspasar ninguna disposición de la Constitución, ni puede legislar sino en las materias señaladas en la misma.

¿Y si el Congreso traspasase esos límites legislando fuera de ellos? Si la Constitución ha de ser eficazmente respetada, debe proporcionar los medios necesarios para mantener ese respeto. Pero ¿quién y en qué forma se ha de declarar la oposición del acto legislativo con la Constitución?

Toda ley, contesta el juez Marchal, contraria a la Constitución no es ley. Y, razonando la facultad que tiene el poder judicial para hacer esta declaración con toda autoridad, dice el comentarista de la Constitución Norteamericana, Story: "El poder de interpretar las leyes comprende necesariamente la función de determinar si ellas son conciliables o no con la Constitución y, si no lo son, declararlas nulas y sin efecto. Como la Constitución es la ley suprema del país, en un conflicto entre ella y las leyes votadas, sea por el Congreso, sea por los Estados, deber es de la autoridad judicial seguir a aquélla tan sólo, pues tiene una fuerza obligatoria predominante.

Y eso resulta de la teoría misma de una Constitución republicana; porque, de otra manera, los actos del poder legislativo y del ejecutivo de hecho serían soberanos, exentos de toda responsabilidad, a pesar de las limitaciones o prohibiciones que la Constitución puede contener. Podrían sobrevenir intromisiones de índole menos equívoca y peligrosas, sin que hubiera al alcance de los ciudadanos ningún remedio. Así, el pueblo estaría a merced de los gobernantes en los Gobiernos de los Estados y en el Gobierno nacional; prácticamente, se tendría una omnipotencia como la del Parlamento inglés. El sentimiento (la opinión, la voluntad) universal de la América del Norte ha decidido que, en último recurso, sea el poder judicial el que deba conocer de la constitucionalidad de los actos y de las leyes emanadas de los Estados o del Gobierno general, en la medida en que pueden dar lugar a un litigio judicial".[1]

---

1 *Commentaries on the Constitution of the United States*, n. 1.576.

He ahí clara la teoría constitucional americana sobre este punto. De ella se deduce que la teoría sólo puede aplicarse en los países donde las Cámaras ordinarias legislativas no tienen poder constituyente pleno; es decir, que no pueden tocar la Constitución; es, por lo mismo, inaplicable a los Estados, como Inglaterra, cuyo Parlamento no tiene límites positivos en sus facultades.

Pero, puesta la base de las Constituciones rígidas, las facultades concedidas al Tribunal Supremo en el punto que estudiamos, son legítimas, obvias y ordinarias. Porque su acción se reduce a declarar la ley, en primer término, la ley fundamental; es decir, la Constitución, y luego la nueva ley votada por las Cámaras. De la comparación declarativa de ambas, si aparece contradicción entre ellas, como no cabe duda de la legitimidad y vigencia de la primera, de la Constitución, cae por su peso la ilegitimidad y nulidad de la segunda, la nueva ley votada y de la cual se trata.

Así lo reconoce también Orlando,[1] aunque combate las atribuciones constitucionales del Tribunal Norteamericano por otras razones.

Una de ellas es que la teoría americana "introduce una excusa legítima de desobediencia a la ley, y da lugar a una distinción entre las leyes válidas y no válidas; lo cual, prácticamente, puede resultar absurdo o pernicioso por el principio admitido de que *ningún motivo legítimo puede excusar la desobediencia a la ley*". Pero este principio es inaplicable en el caso. Porque se trata precisamente del caso en que no hay ley; porque ley es la que dan las Cámaras en virtud de las atribuciones que la Constitución les ha otorgado, y, habiendo rebasado esas atribuciones, su actuación es ya nula. Y esa actuación, en cuanto es nula, no la ha declarado nula cualquier ciudadano (que eso sí sería anárquico), sino el organismo que, por la misma Constitución, tiene el derecho y el deber de hacer esa declaración: el poder judicial.

Otros acuden a la división e independencia de los poderes, violada por la intromisión del judicial en la esfera del legislativo. Pero nótese que es al revés; que es el legislativo el que ha salido de sus límites naturales, mientras que el judicial se mantiene dentro de las lindes de su misión propia.

El sistema norteamericano de conceder a los Tribunales la facultad de declarar la insconstitucionalidad de las leyes, se ha extendido a algunas naciones de América y Europa. Varias naciones de América, como Méjico (con el *Tribunal de amparo*), Argentina y Brasil, adoptaron la institución norteamericana, insertándola en sus Constituciones.

---

1 *Principii di diritto costituzionale*, n. 350.

En Europa, tienen atribuciones para hacer declaración el *Tribunal federal de Suiza*[1] para las leyes cantonales *erga omnes* (es decir, no sólo para un caso particular); el *Tribunal de Justicia internacional de Austria* (Const. de 1920) respecto de las leyes federales y de los países y *erga omnes* (arts. 89 y 140); la *Ley preliminar de la Constitución de Checoeslovaquia* (29 febrero 1929) con encargo de vigilar la constitucionalidad de las leyes y declararlas nulas cuando fueren opuestas a la Constitución; el *Alto Tribunal de Irlanda* (art. 65 de la Const. de 1922) respecto de toda ley; el *Tribunal de Garantías constitucionales* de la segunda República española (Const. art. 121-a); la *Corte costituzionale* en Italia republicana (Const. art. 134, etc.).

Aun en la *Comunidad británica de naciones* se ha deslizado la institución. Canadá, Sud-Africa y Australia, sin un texto constitucional que lo autorice, otorgan a los Tribunales la facultad de anular una ley del país.[2]

6. La unidad del poder judicial y jurisdicciones especiales. — Otra de las notas esenciales del poder judicial es su unidad: es decir, que no haya en el Estado sino sólo una jurisdicción a la que todos están igualmente sometidos, al menos en los asuntos comunes, civiles y criminales — unos mismos tribunales — un solo y determinado procedimiento, un solo Código que califique los delitos y determine las penas. El principio de la unidad del poder judicial puede quebrantarse de dos maneras diversas:

1) Por la creación, al arbitrio del órgano soberano, de Comisiones o Tribunales especiales para juzgar personas o actos determinados.

2) Por el establecimiento regular, al lado de la jurisdicción común, de jurisdicciones especiales reclamadas por el carácter y naturaleza de las materias y de las personas.

Los Tribunales y Comisiones especiales, creados tan sólo para juzgar determinados actos o personas, cuando no eran hijos del capricho despótico, se fundaban en la idea de que, siendo el Príncipe o Asamblea administrador supremo e ilimitado de la Justicia, podía avocar a sí cualquiera causa o señalarle los jueces y procedimientos que juzgase más convenientes.

Idea lógica en la concepción medioeval de que la soberanía,

---

1 SAUSER-HALL: *Guide Politique Suisse*, 3.ª parte, c. V, párr. 45; GARCÍA PELAYO: *Derecho Constitucional comparado*, c. X-VI-4.

2 V. BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 209 y ss; RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho político*, nn. 201 y ss.

con todos sus atributos, radicaba en el Rey, y muy generalizada durante mucho tiempo en Europa, donde la sostenían los juristas y la llevaban a la práctica los Reyes, usando, sin protesta de nadie, de esa facultad. Facultad que, en algunas circunstancias, en medio de la anárquica arbitrariedad de las justicias feudales, pudo ser muy beneficiosa para los pueblos, cuando los Reyes usaban de ella con parsimonia y tacto, como asegura el conde de Torreánaz respecto de los nuestros.

Fueron teólogos y juristas españoles los que, antes que todos, protestaron contra la doctrina de las Comisiones especiales de justicia. Bien es verdad que Fr. Diego de Chaves sostuvo que el "Príncipe seglar que tiene poder sobre la vida de sus súbditos y vasallos, como se la puede quitar por justa causa y por juicio formado, lo puede hacer sin él, teniendo testigos".

Pero fué la de Chaves *opinión singularísima*, rechazada y combatida enérgicamente por Soto,[1] Santiago Simancas[2] y otros, que sostenían que, por manifiesto que sea un delito, nunca se debe prescindir, para imponer la pena, de la formación de causa ni de la sentencia del juez competente, ni se ha de negar al reo el derecho de defensa.[3]

Porque, en general, esa facultad es, cuando menos, peligrosísima; y, de hecho, se ha acudido a esas Comisiones precisamente para suprimir las garantías de justa imparcialidad que ofrecen los Tribunales ordinarios, con su procedimiento fijo e igual para todos y con la cultura e independencia de los magistrados. Por otra parte, la historia nos ofrece ejemplos de esas Comisiones que no han sido sino formidables instrumentos de opresión de que se han servido los tiranos, para deshacerse de ciertas personas y ahogar en sangre tendencias sociales que recibían su fuerza de la sinceridad y justicia en que se apoyaban. Las Comisiones extraordinarias de justicia que estableció Cromwell, el Supremo Tribunal de Comisión de la Reina Isabel, el Tribunal revolucionario que, en 1793, creó la Convención francesa, etc., nos ofrecen ejemplos sangrientos de ello.

De aquí la tendencia general, en las Constituciones modernas, de prohibir la creación de Tribunales extraordinarios o Comisiones es-

---

1 *De justitia et jure*, l. VI, Pte. 4.ª, ad 3.º.

2 *De catholica institutione*, t. IX, n. 166.

3 CÁNOVAS DEL CASTILLO: *Las ideas políticas de los españoles durante la Casa de Austria*... Revista "España", IV-1868; HINOJOSA: *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria... los filósofos y teólogos españoles*... Obras completas, t. I. Madrid, 1948; TORREÁNAZ: *Los Consejos del Rey*, t. I, párr. XXV.

peciales. Así, para citar algún ejemplo, las nuevas Constituciones portuguesa e italiana.

El art. 117 de la portugesa preceptúa que: "No se permite la creación de Tribunales especiales con competencia exclusiva para juzgar determinada o determinadas categorías de delitos, excepto cuando son fiscales, sociales o contra la seguridad del Estado". De manera similar el art. 102 de la italiana establece que: "No pueden instituirse, junto a sus órganos judiciales ordinarios, secciones especializadas para determinadas materias, aun con la participación de ciudadanos idóneos, extraños a la Magistratura."

JURISDICCIONES ESPECIALES. — De los textos constitucionales aducidos se desprende la tendencia moderna, justa y general, a prohibir jurisdicciones especiales; pero que no cierra, en absoluto, la puerta a la creación de algunas de ellas, cuando así lo aconsejan circunstancias peculiares de personas y materias. Debe, por consiguiente, establecerse como regla general, la unidad de fuero y de jurisdicción para todos los asuntos comunes, civiles y criminales, con unos mismos Códigos, unos mismos Tribunales y un solo procedimiento; y tan sólo admitir aquellas jurisdicciones especiales cuya existencia encuentre, en la índole de las personas y de las cosas, un fundamento inequívoco y razonable.

Algunas de esas jurisdicciones especiales legítimas existen y deben ser respetadas; otras aún pueden crearse. Daremos alguna idea de las principales.

a) LA JURISDICCIÓN ECLESIÁSTICA. — Según el Derecho Canónico (can. 1552 sg.) tiene la Iglesia, por derecho divino, potestad judicial plena, correspondiente a la legislativa, dentro de la esfera de la misión religiosa que Dios la ha encomendado; jurisdicción que abarca determinadas materias y que se extiende a sus fieles y a sus ministros.

Según el canon 1553, corresponden a la competencia propia y exclusiva de la Iglesia:

1) Todas las *causas espirituales;* es decir, todas las controversias acerca de la fe y costumbres, sacramentos, culto, ceremonias, etc., y, por consiguiente, también las causas anejas, de por sí, a las espirituales.

2) *Las causas criminales, por razón de delitos eclesiásticos;* cuantas contengan razón de pecado, en lo que se refiere a la definición de la culpa e imposición de penas eclesiásticas.

3) Todas las causas *contenciosas o criminales* en que el reo es persona que disfruta del privilegio del *fuero,* como son los clérigos, los religiosos (incluso los novicios y legos) y las personas que, sin tener votos, viven en Comunidad a manera de Religiosos.

4) En las causas llamadas *de fuero mixto,* que, por diversos aspectos, son de la competencia de la Iglesia y del Estado, se establece el derecho de prevención, que se ejercita con la citación del reo. Pero una vez llevada la causa a un Tribunal eclesiástico, menester es proseguirla allí y estar a su sentencia.[1]

Nada más razonable, ni más moderado, que estos preceptos jurídico-canónicos. La Iglesia, que, dentro de la misión religioso-moral que Dios le ha encomendado, es soberana, como gobierna y legisla, debe poder juzgar dentro de los mismos límites, si no se quiere mutilar injustamente su autoridad. El Estado, por lo tanto, invade ajenas jurisdicciones, al estorbar o invadir la jurisdicción eclesiástica.

Mucho más, cuando el ejercicio autónomo de entrambas jurisdicciones, por sus respectivas autoridades y en la esfera que les es propia y con medios propios, lejos de ser una perturbación anormal, se armoniza admirablemente para refluir en una mutua cooperación que redunde en el bien común de todos.

Al quebrantar estas reglas fundamentales, prohibiendo el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica o invadiendo su campo, aparte la grave injusticia que se comete, incúrrese en varios absurdos: como el de encomendar el conocimiento y apreciación de las cosas sagradas a quienes no pueden, ni tienen obligación de comprenderlas en la medida y suficiencia que supone un juicio; el de confiar el fallo sobre cosas y personas eclesiásticas, a veces, a sus enemigos, con olvido absoluto de las normas más elementales para la administración de la justicia, etc.

b) La jurisdicción militar. — La vida militar, el ejército, por el fin a que está destinado y los medios de que dispone, reclama de las personas que le forman difíciles y especiales exigencias, que sólo pueden fundarse en una obediencia absoluta, segura y rápida. Porque el ejército, sin una disciplina rígida, bien definida y exigida con ejemplar decisión, no sólo se inutiliza

---

1 Manjon: *Derecho Eclesiástico general y español,* I, c. XVIII; López Peláez: *El Derecho y la Iglesia,* pp. 236 y ss.; edición 1917; Ottaviani: *Institutiones juris publici ecclesiastici,* vol. I, p. 2.ª, sec. II; y vol. II (passim). Roma, Edit. políglota Vaticana, 1943.

para cumplir su fin, sino que se convierte en un foco de corrupción y en un peligro gravísimo de la seguridad pública y privada.

Todas las legislaciones así lo han comprendido, y suponen que el quebrantamiento de las leyes militares en el ejército, y, en general, en situaciones militares, como son los estados de guerra, da lugar a delitos especiales, para cuya apreciación y castigo se establecen procedimientos de rapidez y energía que, en tiempos normales y tratándose de la justicia común, habían de parecer rigurosos en exceso. De ahí los Códigos, los Tribunales y los procedimientos militares que se aplican a todos, cuando se trata de delitos militares; y, aun en los asuntos comunes, cuando se trata de sujetos en servicio militar activo.

El progreso de las ciencias jurídicas y nuevas necesidades de nuestra época han dado lugar a la creación de otras *jurisdicciones* especiales: las que corresponden a los *Tribunales industriales* y a *los Tribunales para niños.*

c) MAGISTRATURA DEL TRABAJO.[1] — En una u otra forma va introduciéndose en los Estados una jurisdicción especial, denominada *Magistratura del Trabajo,* y cuya misión es entender en los conflictos — individuales y sociales — que estallan entre los elementos que se dedican a la vida del trabajo.

Razones de diversa índole aconsejan el establecimiento de esta jurisdicción especial. Entre otras, la índole peculiar de los contratos de trabajo. Como escribe el Prof. *Pérez Botija,* por la desigualdad sociológica en que se encuentran los dos sujetos de la relación de trabajo, niegan algunos eficacia a las reglas del procedimiento ordinario para ventilar sus litigios. El trabajador no podía dejar a las eventualidades de un pleito, más o menos largo, sus perentorios medios de vida. Tampoco las empresas ni las exigencias de la producción permiten dilaciones, diligencias y vistas procesales. Los pleitos de trabajo son asuntos, por lo general, más urgentes que los de otras ramas de Derecho.

Añádase la enorme extensión y volumen internacionales que han alcanzado, en nuestros tiempos, estos problemas, los conflictos y perturbaciones gravísimas a que han dado lugar, los modos

---

1 V. EUGENIO PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho del Trabajo,* P. general, tít. V, c. 18; C. GARCÍA OVIEDO: *Tratado elemental de Derecho Social,* P. segunda, tít. IV (E.P.E.S.A.) Madrid, 1946.

violentos (huelgas y cierres) a que se acude para resolverlos; los grandes intereses sociales y políticos que están comprometidos y las ideas antisociales que han invadido grandes zonas de la vida de trabajo.

Todo ello exigía una atención particular del Estado, que había de abrir un cauce jurídico por donde discurriesen y se resolviesen esos problemas. A eso vienen las Magistraturas y Tribunales de Trabajo que van apareciendo en tantos países. Las tradiciones históricas de cada uno de ellos, sus peculiares necesidades del momento, darán las indicaciones convenientes para la organización de estos Tribunales.

El Prof. Pérez Botija reduce a tres los sistemas, hasta ahora seguidos, de jurisdicción laboral: 1) Sistemas judiciales ordinarios; 2) Sistemas judiciales especiales, y 3) Sistemas extrajudiciales.

Siguen el sistema de jurisdicción especial los *Tribunales do Trabalho* de Portugal que se componen de un Juez único auxiliado por un representante del Ministerio Fiscal y un Secretario. (Decreto-Ley de 15 de agosto de 1934 y Estatuto de Trib. de Trab. de 1940).

También la *Italia fascista* creó una Magistratura de Trabajo cuya misión era: 1) resolver los conflictos de trabajo, y 2) establecer nuevas condiciones de trabajo.

Finalmente, España, después de varias tentativas, como los *Tribunales Industriales* (1912), los *Comités paritarios* (1926) y los *Jurados mixtos*, y, dando curso a la declaración séptima del Fuero del Trabajo: "Se creará una nueva Magistratura del Trabajo con sujeción al principio de que esta función de justicia corresponde al Estado", creó la *Magistratura del Trabajo*, cuya ley orgánica lleva la fecha de 17 de octubre de 1940.

d) TRIBUNALES PARA NIÑOS.[1] — La jurisdicción especial de los *Tribunales para niños* no sólo está justificada, sino que parece necesaria. Así lo dicen la razón y la experiencia.

Al niño delincuente, menor de 16 o 18 años, aun cuando no se le exima en absoluto de responsabilidad, no se le puede considerar como un criminal adulto. Sus actos delictivos, por ser los primeros quizá que comete, y por ser hijos de la inconsciencia, del abandono y aun de la malicia de sus padres o tutores, más

---

1 P. GÜENECHEA: *Principia Juris Politici*, vol. II, n. 375; GABRIEL M.ª DE IBARRA Y DE LA REVILLA: *Los primeros Tribunales de Niños en España*. Id. *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio*. Bilbao, 1945; EUGENIO CUELLO CALÓN: *Tribunales para Niños*. V. Suárez. Madrid, 1917.

que castigo y reprensión, exigen una corrección educativa y una más inteligente formación intelectual, moral y fisiológica. De aquí las características especiales de los Tribunales para niños, tanto respecto al juez y al procedimiento, como al sistema punitivo.

1) *Respecto del juez y del procedimiento.* — Si bien las legislaciones modernas que han creado esta nueva jurisdicción para niños, no están del todo acordes en las cualidades que han de adornar y la manera de designar al juez de niños; sin embargo, convienen en que no es necesario que sea hombre de la carrera judicial. Quizá pudiera ser sustituído, y con ventaja, por un extraño a ella y que, por sus aptitudes educativas y tendencias benéficas, haya mostrado condiciones para conocer, dirigir y enderezar a la niñez delincuente.

Al procedimiento se le despoja de todo aparato externo y escénico de los estrados y Tribunales ordinarios. No hay fiscal, ni abogado. El juez es el abogado y el fiscal del niño; y dará el fallo ateniéndose a lo que le dicte la conciencia, en bien del pequeño delincuente.

2) *Supresión de la cárcel.* — La cárcel pervierte al niño por la promiscuidad con criminales adultos, por el sistema de aislamiento, por la depresión moral que su situación ha de causar en su ánimo. La cárcel se sustituye por el reformatorio, casas de familia, libertad vigilada, etc.

En los reformatorios y casas de familia, suprimidos todos los procedimientos meramente represivos y carcelarios, se trata de formar a los jóvenes por la educación moral y religiosa, por el trabajo, el régimen familiar adecuado, conforme a las normas de una pedagogía sana y escrupulosa. O, cuando llegue el tiempo, se les entrega a sus propias familias o a otras honradas, designándose personas que vigilen sus pasos y den cuenta al Tribunal de la conducta del niño.

Los Tribunales para niños aparecieron en Australia y luego se han extendido por los Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Bélgica, Francia, España, etc.

e) JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.[1] — Creen algunos necesaria una jurisdicción especial, cuyo objeto ha de ser

1 Conf. GÜENECHEA: *Principia Juris Politici*, v. II, n. 381 y *Ensayo de Der. administrativo*, t. II, nn. 704 y ss.; GARCÍA OVIEDO: *Derecho Ad-*

conocer y resolver los conflictos que han de surgir entre los representantes de la Administración pública y los particulares o corporaciones. Pero esta nueva jurisdicción especial es muy discutida entre los autores.

Primera opinión. — Todo litigio, dicen unos, en que se reclame una declaración soberana de derecho, mientras no exista motivo particular, corresponde siempre al fuero y tribunales ordinarios. En el caso en que se discuta un acto de un funcionario público o en que sea parte la Administración, no existe razón bastante para exigir jurisdicción especial, ni Tribunales especiales; todo lo más pudiera concederse, a causa de la especialidad de la materia, Tribunales distintos, Tribunales aparte, como acontece también en los asuntos criminales y civiles.[1]

En Inglaterra nunca ha existido jurisdicción contenciosa especial; toda violación de derecho, proceda de donde procediere, se lleva ante los jueces ordinarios. Sin embargo, hay que tener presente:

1) Que confundiéndose allí el Estado con la Corona, ninguna acción puede intentarse contra ésta personalmente. Pero cuando un particular se crea ilegalmente atropellado por el Rey, puede echar mano de la llamada *petition of rigth,* petición de derecho, que se presenta al Monarca, el cual ordena que se le conceda el *fiat jus* y sigue el litigio el curso ordinario entre particulares.

2) Los funcionarios de la Corona son irresponsables de todos los contratos que hagan legalmente en nombre del Estado. Pero son responsables personalmente de todos sus actos ilegales e injustos, pupudiendo ser perseguidos por ellos, civil y criminalmente, ante los Tribunales ordinarios. Existen algunas levísimas excepciones con relación a los militares, los jueces en sus relaciones con sus subordinados, etc. Este sistema se sigue en Inglaterra, Italia y Bélgica.

Segunda opinión. — El acto administrativo de los funcionarios públicos cae fuera de la jurisdicción ordinaria; de él sólo pueden entender, en caso de litigio o de violación de derecho, el mismo poder administrativo en su último grado, auxiliado por

---

ministrativo, 2.ª edición, l. 1.º, tít. III, c. VI; DICEY: *Introduction l'étude de Droit constitutionnel,* 2.ª Pte., c. XII. Apéndice IX; HAURIOU: *Précis de Droit Administratif,* Lib. II, Cap. III; CALAMANDREI: Op. cit., vol. II. *La funzione giurisdizionale,* pp. 109 y ss.

1 LOWELL: c. LXIII; ANSON: *Loi et pratique constitutionelle, La couronne,* c. X-6.º; ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale,* n. 374; ORBAN: II. nn. 285 y ss.

Cuerpos consultivos, que dependen de la misma Administración.[1]

Fué establecido este sistema en Francia por las Asambleas revolucionarias; y, aunque con variantes más o menos sustanciales, aún subsiste el mismo, en el fondo, como puede comprobarse consultando los autores de Derecho Administrativo.

Tercera opinión. — También sustrae los actos administrativos al conocimiento de la autoridad judicial ordinaria y establece para ellos un Tribunal especial llamado *contencioso-administrativo.* En la constitución de ese Tribunal entran representantes de los poderes judicial y ejecutivo, para asegurar así mejor el acierto y la imparcialidad. Ese es el sistema seguido en España, regulado por la ley de 5 de abril de 1904, que creó una tercera sala en el Tribunal Supremo, y Tribunales contenciosos provinciales.

Crítica. — Para nosotros no hay duda de que el sistema razonable y justo es el que adjudica al poder judicial ordinario el conocimiento de los actos administrativos. Y ello, por la razón sencillísima de que la declaración de derecho controvertido y el imperio para que se cumpla, una vez declarado, es la misión característica y el objeto propio de la función judicial; y, por otra parte, no se aduce motivo alguno eficaz que aconseje la sustracción de las causas administrativas; al contrario, se vislumbran algunos inconvenientes.

No parece lógico ni conveniente llevar esos asuntos contenciosos, para su examen y resolución, a un Tribunal formado por la misma Administración, como defiende la segunda sentencia. Porque eso, además de entregar a la función administrativa asuntos que no son de su competencia, infringe el axioma evidente de que nadie puede ser juez y parte en su propia causa. Ni se diga que no había de ser personalmente juez el mismo funcionario contra quién se reclamase, sino sus superiores jerárquicos. Porque, prescindiendo del caso en que no existieran esos superiores jerárquicos, por el espíritu de cuerpo, por la natural tendencia a patrocinar a un subordinado, a quien se querrá tener a su devoción, y cuya falta redunda en desdoro de la misma clase, y por otros motivos, el superior jerárquico se sentirá naturalmente inclinado a salvarle y no a hacer justicia imparcial como corresponde a todo juez.

Tampoco son convincentes las otras razones aducidas.

Que los actos de la gestión administrativa entrañan técnica y conocimientos especiales, para cuyo juicio no están preparados los or-

---

1 HAURIOU: *Principes du droit public,* Pte. 1.ª, c. I.

ganismos judiciales ordinarios. ¡Vano reparo! Porque, aun concediendo la premisa, no se desprende la necesidad de un fuero especial, sino, a lo más, de Tribunales diferentes a los que se encomiendan esta clase de asuntos; una sala más, además de la de lo civil y de lo criminal.

Hablan otros de la diferencia de los actos de *gestión* y de los de *autoridad*, añadiendo que, en los primeros, no desdice que la Administración se someta a los Tribunales judiciales; pero no así en los segundos, porque ello cedería en desprestigio de la autoridad, que, como tal, no sufre réplica sin dejar de serlo. Y, para dar más fuerza a esta última consideración, se recuerda el tópico artificial y casi ya ridículo de la igualdad de los poderes, cuya sagrada independencia sería violada, si un funcionario administrativo se sometiese a un Tribunal judicial.

La división de poderes, así entendida, es absolutamente falsa y anárquica. Los poderes tienen su esfera de acción y su fin; fuera de ella, dejan de ser tal poder. No están, por consiguiente, exentos ni libres, sino sujetos a la jurisdicción de las otras funciones en su esfera propia de ellos y a quienes legítimamente en nombre del Estado ejerzan.

De donde se deduce que así como el juez, por tener la misión suprema de declarar el derecho, no deja de estar sometido a la jurisdicción del legislador que da la ley y del ejecutivo que dicta disposiciones, por ejemplo, de orden público; así el funcionario administrativo debe acatar las decisiones ordinarias del legislador cuando da la ley, y aceptar y someterse a las declaraciones de derecho del juez, cuando éste ejerce su misión.

f) TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.[1] — Como lo hemos indicado en líneas arriba, y como imitación de las facultades que la Constitución norteamericana otorga al Tribunal Supremo de Justicia, se han creado, en algunos países, *Tribunales Constitucionales* que entienden principalmente en asuntos que se refieren a la Constitución: a su observancia, a su violación, a su interpretación.

En efecto: puede, a veces, ocurrir la duda y sobrevenir la discusión sobre si, en determinados casos, ha sido bien aplicada o es aplicable la Constitución, o ha sido violado algún precepto de la misma. Así, por ejemplo, en los Estados federales, fácilmente hay interferencias entre las legislaciones estatales y re-

1 CALAMANDREI: Op. cit., vol. II. *La Corte costituzionale.*

gionales; y aun en los Estados unitarios, entre una ley y la Constitución.

Ahora bien: el rango superior de las leyes constitucionales y el supremo interés que para todos tienen su observancia y recta aplicación, justifican plenamente, a juicio de algunos, la especialidad de la jurisdicción y de los Tribunales que entienden en estos asuntos. Especialidad que se manifiesta en la composición de los mismos Tribunales y en su competencia.

En cuanto a su *composición,* pues no siempre están formados por Jueces profesionales, ni incluídos dentro del cuadro del organismo de los Tribunales de jurisdicción común. En cuanto a su *competencia,* porque, a más de la misión especial de velar por la constitucionalidad de las leyes, se les confiere también a veces alguna función electoral y la de hacer efectivas las responsabilidades de altos funcionarios.

7. La justicia se administra en nombre del Rey. — "Era un principio constante de nuestro Derecho Político en la Edad Media, que la jurisdicción civil y militar procedía del Rey, como fuente de toda justicia." "Otrosí decimos, establecía nuestro Rey Sabio,[1] que señorío para facer justicia non lo puede ganar nungun ome por tiempo, maguer usase della alguna sazón; fueras ende si el Rey, o el otro señor de aquel lugar que oviese poder de lo facer, ge lo otorgase señaladamente."

Así lo proclaman también algunas Constituciones modernas como el Estatuto italiano (art. 68), la Constitución holandesa (art. 149) y la española de 1876 (art. 74). En cambio, otras, como la Constitución belga, establecen que todos los poderes emanan de la nación; que el judicial lo ejercen los Tribunales y Audiencias, si bien los juicios y las sentencias se ejecutan en nombre del Rey (arts. 25-30).

Claras aparecen ambas tendencias opuestas, respecto de la situación del Rey constitucional, en cuanto a la función judicial. Según la Constitución belga, el Poder judicial emana inmediatamente de la nación y lo ejercen los Tribunales; sólo compete al Rey el dar su nombre para la ejecución de los acuerdos judiciales. La otra fórmula supone que reside en el Rey la potestad judicial, si bien su ejercicio lo descarga en otros indivi-

---

1 L. VI, t. XXIX, P. 3.ª, Cita de COLMEIRO: Op. cit., *De la Justicia.*

duos u organizaciones que funcionan en su nombre. "La justicia emana del Rey y es administrada, en su nombre, por los jueces que él designa" (Estatuto italiano, art. 68).

Pero algunos comentaristas disienten y protestan del significado obvio de esta fórmula, dándole en el fondo el mismo alcance que en sí tiene la expresión belga. Así *Rossi*[1] refiriéndose al artículo del Estatuto italiano, pretende que la frase "toda justicia emana del Rey", sólo significa la abolición de las justicias particulares, feudales y señoriales, etc. Y *Palma*[2] opina que el texto del artículo no atribuye al Rey la función judicial, sino tan sólo se trata de un homenaje que se rinde a la Majestad Real, que simboliza y personifica la soberanía del Estado. Finalmente, *Orlando*[3] abunda en las mismas ideas y asegura que, con la fórmula italiana, no se quiere señalar en el Rey un poder concreto (una prerrogativa de la Corona), sino designar al representante externo del Estado en la unidad de sus poderes soberanos.

¿Y por qué? Eso sería, dicen esos autores, negar la autonomía e independencia del poder judicial, haciéndole depender del Jefe del poder ejecutivo. El poder judicial, añaden, trae su origen, no de una delegación regia, sino de la misma fuente de donde proceden los demás poderes; es decir, de la orgánica actuación de la soberanía en el Estado (Orlando) o de la soberanía inalienable del mismo.

Ideas equívocadas, a nuestro entender. Claro es que, originariamente, la soberanía, con sus funciones todas, reside, como dijimos en su lugar oportuno, en la sociedad misma y de ella emana. Pero, por eso mismo, ambas fórmulas, la de la Constitución belga y la del Estatuto italiano, pueden ser justas y compatibles con los principios de una sana filosofía política. Según la fórmula belga, la nación, de la que emana, con la soberanía, la justicia, encarga su ejercicio a los Tribunales, y no reserva al Rey otra atribución que la de dar su nombre para que se ejecuten los fallos; nada hay en esa organización política que pugne con la justicia ni con el bien común de la sociedad, fin de toda organización política. Pero no menos justa, lícita y conforme con los principios filosóficos en que han de apoyarse las supremas organizaciones de los Estados, es la fórmula holandesa o española, que muchos encuentran más conveniente para la recta administración judicial. Según ella, la nación, en el momento constituyente de su formación orgánica como Estado, deposita en el Monarca la soberanía judicial, imponiéndole, para su ejercicio, las condiciones que juzgue necesarias y oportunas. Y, en este caso, aunque la soberanía y sus fun-

1 *Cours de Droit constit.*, IV, p. 341.
2 *Corso di diritto costituzionale*, p. 503.
3 Op. cit., n. 338.

ciones originariamente proceden de la nación, dada ya la Constitución, próxima y realmente proceden del Rey. El problema, puesto ya en estos términos, se desplaza para recaer en el fundamental, en el del origen y residencia actual de la soberanía, ya resuelto por nosotros en otro lugar.

8. El derecho de gracia. — El derecho *de gracia* es la facultad que se supone tener el titular del poder soberano, para condonar, total o parcialmente, a un reo la pena impuesta legítimamente, o de conmutarla por otra inferior. Tiene carácter individual, y, de por sí, deja subsistentes las incapacidades y demás limitaciones jurídicas que la pena puede llevar consigo.

La *amnistía* es también, como el indulto o la gracia, una condonación de penas; pero se diferencia del derecho de gracia en que tiene carácter más general, aplicándose el perdón, no a individuos determinados, sino a cuantos han cometido ciertos delitos en determinadas circunstancias o lapso de tiempo. Además, como que supone no cometidos los actos delictuosos, haciendo caducar todas las consecuencias legales de los mismos. Suele concederse la amnistía, ordinariamente, para cierta categoría de delitos, sobre todo, los políticos.

El derecho de gracia se puede decir que es atributo soberano que se otorga a los Jefes del Estado, monárquicos o republicanos.

Claro es que, como todos los atributos reales o soberanos, deben estar sometidos en su ejercicio a las condiciones que el mismo fin de la institución les impone, y que se traslucen, con más o menos precisión y claridad, en limitaciones positivas. Así, en los tiempos modernos, se somete el ejercicio de esa prerrogativa a intervenciones que, de alguna manera, garanticen su recto uso; como, por ejemplo, al informe favorable del Tribunal sentenciador, a la proposición de los Ministros responsables, etc. Sin embargo, es éste uno de los atributos más personales de los Jefes de Estado.

En lo que no convienen los autores es en la explicación del fundamento jurídico de esta prerrogativa y en su justificación.

Así, para algunos, el derecho de gracia no tiene, en los tiempos modernos, explicación jurídica de ninguna clase; es sólo una supervivencia histórica del régimen antiguo. "El derecho de gracia que pertenece actualmente al Presidente de la República, dice *Duguit,* no se explica, a nuestro parecer, más que como

un residuo histórico. El Presidente de la República es, en cierto sentido, el heredero de nuestros antiguos reyes absolutos, y ha conservado una prerrogativa que pertenecía a aquéllos, conforme al principio de que "toda justicia emana del Rey".[1]

Los autores ingleses fundan esta prerrogativa en el axioma de que corresponde al ofendido el poder de perdonar al ofensor. Ahora bien, todo delito es una ofensa al Rey, turba la paz del Rey. "Todos los delitos, dice Todd,[2] van dirigidos ya contra la paz de la Reina, ya contra su Corona y dignidad. La Reina es, por consiguiente, la persona calificada para perseguir todos los delitos públicos y ataques a la paz. De ahí su prerrogativa de perdón, en virtud de la cual, tiene el poder de remitir o suavizar la sentencia pronunciada contra uno o varios criminales convencidos de traición o de otros crímenes; es justo, en efecto, que sólo la persona ofendida tenga el poder de perdonar."

Para otros, el derecho de gracia es un remedio contra las posibles equivocaciones de los jueces y contra la imperfección de las leyes, propia de toda obra humana.[3] Por muy perfecto, dicen, que sea el procedimiento judicial y nada dejen de desear la perspicacia y la capacidad de los jueces, es imposible que, alguna vez, no se cometan, en la administración de la justicia represiva, errores judiciales, y que, por lo tanto, no sean condenados inocentes. Lo mismo analógicamente puede decirse de la ley penal. Es imposible que pueda prevenir y determinar todas las circunstancias que, acompañando al delito, modifican la culpabilidad del delicuente; y, por lo tanto, imposible que señale siempre la ecua y proporcionada pena. Pues bien, el derecho de gracia es un instrumento aptísimo para corregir estas deficiencias anejas a toda obra humana, y, por lo tanto, a la justicia. Tanto más, cuanto que se pudiera combinar con cierta clase de remisión parcial y condicionada de las penas, a los reos que, en el cumplimiento de las mismas, hubieran mostrado ánimo arrepentido o relativa inocencia...

En el fondo se expresa de la misma manera Orlando.[4] Aun-

---

1 DUGUIT: *Manuel de Droit Constitutionnel, párr. 41* (1907); *Traité de Droit constitutionnel,* t. II, párr. 25 (1923).

2 *Gobierno parlamentario en Inglaterra,* parte 2.ª, c. IV. Traducción española de España Moderna.

3 ESMEIN: *Eléments de droit constitutionnel,* t. II, 2.ª Pte., c. III; SANTA MARÍA DE PAREDES: Parte 3.ª, sec. 2.ª, c. V.

4 *Principii di diritto costituzionale.* Op. cit., n. 284.

que cree que no existe ningún criterio jurídico, único y absoluto, que pueda justificar el derecho de gracia, sin embargo, admite un conjunto de razones relativas y de conveniencia, en las que aparece el tinte y aspecto especial de su concepción del Derecho público, en la que tanta intervención da a la *conciencia popular*. "Puede, por ejemplo, ocurrir que en el momento actual la conciencia popular no crea ya oportuno el castigo asignado a un delito determinado o la aplicación de una pena; y, entonces, antes que la labor legislativa traduzca en leyes el sentimiento popular, es conveniente que el sentimiento influya en beneficio del condenado."

Para *Barthelemy-Duez*, la gracia es un acto de gobierno, de alta administración, por razones de oportunidad política y social.[1]

Nosotros creemos que el derecho de gracia es un derecho que puede justificarse jurídicamente, en toda su plenitud; si bien la mayor parte de las razones que se aducen para ello, y que acabamos de apuntar, por erróneas y equivocadas, no lo justifican.

Claro es que si se admite la absoluta división de los poderes, y al llamado Jefe del Estado, Presidente o Monarca, sólo se le considera como Jefe del poder ejecutivo, dando, por otra parte, a este poder el concepto estrechísimo y artificial que le dan algunas modernas teorías; claro es, repetimos, que es una anomalía jurídica conceder a ese Jefe de Estado una prerrogativa que es y se concibe sólo como atributo de la soberanía. Y ahí está la equivocación: el derecho de gracia es atributo de la soberanía, no de un aspecto de la misma, caprichosamente excogitado; por lo tanto, es atributo del que la representa.

No menos fútil es otro de los fundamentos aducidos. Sirve, dicen, el derecho de gracia, como recurso para remediar posibles equivocaciones de los jueces, o las no menos posibles imperfecciones de las leyes. Por de pronto, esa concepción desconoce la naturaleza misma del derecho de gracia, que es un perdón, es decir, una remisión otorgada a un delito realmente cometido y de una pena justamente impuesta. Lo otro no sería gracia ni perdón, sino reparación de una injusticia cometida (con intención o sin ella) y no podría concederse el indulto cuando constase que el reo había sido justamente condenado; lo cual,

---

1 BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., pp. 753-4; CALAMANDREI: Op. cit., vol. II, p. 114; J. LAFERRIÈRE: Op. cit., pp. 1.042 y ss.

es falso y contrario a la idea misma de la institución que estudiamos.

Pero, además, recuérdese que para esas posibles deficiencias humanas, existen ya organismos adecuados, como son los Tribunales de apelación y casación. Y si se urgiera diciendo que, aun en esos organismos, cabe el error y la equivocación, contestamos que esa posibilidad subsiste también en el órgano soberano que debe otorgar el perdón. Más aún: dentro de la esfera de la posibilidad, y no quimérica, sino muy real, cabe el que se equivoque el Poder soberano y no se hayan equivocado los jueces. Lo mismo decimos, poco más o menos, de la imperfección de las leyes y sus efectos. Esa imperfección no emana tanto de los organismos legislativos o judiciales como tales; sino que arranca de la deficiencia de la naturaleza humana, y ésa y sus efectos no se evitan superponiendo organismo sobre organismo, pues habría que establecer una jerarquía indefinida hasta llegar al mismo Dios, único ser indefectible e incorruptible.

Aplíquese el mismo raciocinio a la idea de que el derecho de gracia sirve para condicionar la pena, atemperándola a la culpabilidad del reo y su conducta posterior. Hay en ello una completa desnaturalización del derecho de gracia; y esa condicionalidad de la pena se alcanza, dentro de los mismos organismos judiciales, sin necesidad de acudir al Poder soberano.

Por todo lo cual, opinamos que el derecho de gracia es un atributo inherente al Poder soberano y ornato hermosísimo de la dignidad suprema, y, como decía nuestro Rey Juan II, "es propio a los Reyes perdonar e usar de clemencia".[1] Ésta resplandece en toda su radiante plenitud cuando puede templar los rigores severos de la justicia con la suave blandura de la misericordia, cuerda y oportunamente otorgada. Y es que el Poder soberano no existe meramente por sí y para sí; tiene la razón de su existencia y de sus facultades en el bien y prosperidad de la sociedad que rige.

Entre esas facultades tiene la de castigar a los delincuentes, imponerles penas y hacérselas cumplir; porque así lo exige la justicia y lo reclama la existencia, paz y progreso de la sociedad y de los asociados. Ahora bien: aunque el bienestar general, de ordinario, exige el cumplimiento de las penas que la justicia impone; sin embargo, no repugna que, algunas veces, con provecho de todos y sin mengua de los bienes supremos de la paz, orden y prosperidad, sin menoscabo de la justicia, pueda sobrevenir el perdón que inspira la misericordia. Y, por lo mismo que se trata de una medida y facultad excepcional, de pesar un bien de carácter eminentemente público, y de una especie

1 Citado por TORREÁNAZ: Op. cit., t. I, p. 85.

de derogación de normas supremas fundamentales que rigen la sociedad, es evidente que no puede competer esa facultad sino al mismo Poder soberano, salvaguardia de ese bien público y supremo guardador y regulador de esas normas supremas.

"Las circunstancias de cosas, tiempos y personas mostrarán al Poder soberano, dice el P. Meyer,[1] si, salvo el bien común y el necesario orden que la justicia reclama, se puede perdonar a un delincuente o suavizarle la pena." Porque desde el momento que lo que es gracia y tiene carácter excepcional, por corruptela, por debilidad, por su inconsiderado uso, se convirtiera en una especie de derecho debido, en cierto modo, a los delincuentes, la institución, cuyo fin había de ser mitigar los rigores de la justicia, se trocaría en palanca destructora de toda la justicia social. Pues, como decía muy bien Saavedra Fajardo: "nada daña tanto como un príncipe misericordioso de una manera exagerada, porque, a pretexto de derecho de indulto, se barrenan los preceptos de la justicia".[2]

---

1 Loc. cit., 601.

2 De dos maneras puede falsearse, sobre todo en los tiempos modernos, la prerrogativa soberana de la gracia, desnaturalizando su recto uso:

a) Por parte de los Gobiernos responsables y de los partidos que aspiran a ser Poder, haciendo de los indultos generales o particulars un arma política para el logro de sus ambiciones personales y partidistas, con grave daño de la justicia y de la paz social. Nada más elocuente en este punto que las amargas quejas y denuncias del más alto representante del Poder judicial en España, el presidente del Tribunal Supremo, en el acto solemne de la apertura de los Tribunales de septiembre de 1919. Refiriéndose a los políticos que, ansiando ocupar el Poder, y para estímulo de la opinión pública, "anuncian generosas amnistías y amplios y misericordiosos indultos", dice: "No ha de negarse que los políticos al escribir esto, en sus plataformas y programas, no suelen acordarse del Poder judicial y creen de buena fe que prestan un buen servicio a su causa; que laboran con la misma lealtad al bienestar del país y a la exaltación de una sensibilidad social culta y refinada. Pero, con buena intención, lo insano de esa política daña con herida mortífera la majestad de la ley y la autoridad y el prestigio de la jurisdicción".

b) Por parte de la sociedad misma y de los que, como la Prensa y ciertas asociaciones públicas, pretenden llevar su voz, violentando la voluntad del Jefe del Estado. No hay duda de que es lícito y aun conveniente que el país manifieste su deseo y su inclinación, en esos trances, y, en todo caso, sería imposible evitarlo. Pero de ahí a convertir esas manifestaciones de voluntad en amenazas y violencias manifiestas, media un abismo; y el derecho de gracia pierde su carácter propio y la regia prerrogativa corre el peligro de verse atropellada brutalmente o de perder su dignidad en lo que pudiera aparecer una debilidad medrosa o dejación cobarde de la soberanía.

CAPÍTULO SEGUNDO

Organización del poder judicial

SUMARIO: 1. Multiplicidad y mutua coordinación de los órganos judiciales. 2. Los Jueces: cualidades de que deben estar adornados. — 3. Sistemas de designación: *a*) venalidad de los cargos; *b*) la elección; *c*) nombramiento del Ejecutivo. — 4. Inamovilidad judicial. — 5. Retribución de los Jueces. — 6. Responsabilidad de los Jueces. — 7. Garantías de procedimiento. 8. El Jurado: noción y origen histórico. La revolución francesa. — 9. Caracteres del Jurado moderno y sus fundamentos. — 10. Juicio crítico.[1]

1. Organización del poder judicial. Multiplicidad y mutua coordinación de los órganos judiciales. — A la unidad de jurisdicción corresponde adecuadamente la unidad de organización.

Los Tribunales de Justicia deben estar esparcidos por todo el territorio del Estado en número y proporción suficientes para el cómodo acceso de todos los ciudadanos. Todos estos Tribunales son autónomos e independientes en su respectiva esfera y demarcación territorial, siendo sus decisiones, en esos límites, definitivas y únicas. Pero están unificados, no sólo por la unidad de Código y de fuero, sino por su coordinada subordinación a otros Tribunales superiores de instancia; y, finalmente, a un Tribunal central y supremo, encargado de dar unidad a la jurisprudencia y de velar por la recta administración de la justicia.

¿Deben los Tribunales ser unipersonales o pluripersonales? El Juez único, dicen unos, siente mejor la responsabilidad de su

---

1 P. GÜENECHEA: *Principia Juris Politici*, vol. II, cc. XXIV y XXV; ENRIQUE GIL Y ROBLES: *Tratado de Derecho político*, vol. II, l. IV, capítulo XIII, n. 4 (Salamanca, 1902); ORLANDO: *Principii di diritto costituzionale*, Lib. 6.° Potere giudiciario; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., 2.ª parte, tít. IV, c. 1.°; ESMEIN-NEZARD: Op. cit., vol. I, tít. II, c. III, párrafo 3; ORBAN: Op. cit., t. II, nn. 291 y ss.; NAGELS Y MEYER: *Les lois du Jury*. Bruselas, 1901. Ed. Larcier; GUMERSINDO AZCÁRATE: *El self government y la Monarquía doctrinaria;* W. B. MUNRO: *The government of the United States*, c. 44. New York-Macmillan, 1950.

cargo; puede ser mejor escogido, y estar más dignamente retribuído y sin tanto gravamen del Tesoro. El Tribunal colegiado, responden otros, presenta más probabilidades de acierto y se presta menos a la seducción y a la arbitrariedad.

Ordinariamente las legislaciones siguen un sistema mixto, prefiriendo el Tribunal unipersonal para las primeras instancias, y el colegiado para las otras.

2. Los Jueces: cualidades de que deben estar adornados. — *Jerónimo de Ceballos*[1] dice que el "hacer justicia es la virtud más heroica que puede tener un Príncipe y la que conserva más su cetro y majestad, porque es una virtud celestial y divina, asentada por Dios en los ánimos de los hombres". Pero "poco importa, añade, que el Príncipe sea amigo de la justicia, si no elige buenos ministros que la hagan". Por eso "este documento (el X: "*Que conviene se nombren doctos y rectos jueces*") es de tanta importancia que, en errándose en él, va errado todo el gobierno universal de la república y la buena administración de la justicia distributiva; que toda promete infelicísimos sucesos, porque toda su ruina puede proceder de nombrar por juez al que no conviene, y dejar de dar el oficio al que lo ha de hacer bien. Porque no hacen tanto daño a la república los salteadores y robadores, como los malos jueces; porque los unos tienen jurisdicción contra las bolsas, y, cuando mucho, contra la vida (cuando hacen resistencia), pero los malos jueces contra honras, vidas y haciendas".

Así se expresan, con sola la diferencia del diverso matiz que presta a la expresión la evolución de las ideas y el cambio del tecnicismo, todos los autores antiguos y modernos; y todos proclaman como condiciones indispensables que han de ostentar los ministros de justicia y los magistrados:

1) *Ciencia, tanto teórica como la que obtienen con la experiencia.* "E que ayan sabiduría para judgar los pleitos derechamente por su saber, o por uso de luengo tiempo", decían las Partidas.[2] En especial la ciencia jurídica, no sólo positiva de las leyes vigentes, sino el Derecho natural e histórico, con cierta cultura general, lo más amplia posible.[3]

---

1 *Arte Real.* Doc. IX.
2 Ley III, T. IV, Part. 3.ª
3 "Y por esta causa, el Sr. Emperador Carlos V decía que no podía ser buen juez el que no tenía ciencia y experiencia, porque la práctica de

"Debe, por tanto, todo juez estar perfectamente instruído en el estudio del Derecho natural, público y privado, en buena parte del divino, del Derecho de gentes y eclesiástico; debe hacer un estudio particular de las costumbres y fueros del país en que administra justicia, y saber, con la mayor exactitud, todas las leyes y ordenanzas relativas al ramo de su jurisdicción.[1]

Necesita también cierta cultura general: en primer lugar literaria, no de raras exquisiteces de habla, sino para adquirir el arte y el dominio de una expresión fácil y clara en la palabra escrita y hablada. Y también en las otras ciencias, para que no pueda ser burdamente engañado por la intervención en los juicios, a veces necesaria, de técnicos y profesionales cuyas opiniones ha de saber entender y apreciar de alguna manera...

2) *Han de ser los jueces probos, amantes de la justicia, temerosos de Dios,* como decían nuestros antiguos autores y códigos. "E sobre todo que teman a Dios. Ca si a Dios temieren, guardarse han de facer pecado, e abrán en sí piedad e justicia."[2] Ninguna fuente más segura ni más abundante de probidad que Dios; y, por lo tanto, para el magistrado, la persuasión en que ha de estar de que conoce y falla los pleitos de los hombres en nombre de Dios y bajo la responsabilidad que ha de incurrir ante Él.

Esa probidad y rectitud del magistrado y juez ha de alcanzar su más clara expresión en los actos judiciales y en cuanto a ellos directamente se refiere. Pero ha de reflejarse también en toda su vida; que la contradicción patente entre una inmoralidad privada (por decirlo así) y la actuación judicial justa, o no se cree, y la marcha denigrante se corre hasta macular su reputación jurídica, o, cuando menos, es muy chocante y tiende a menguar el prestigio inmaculado del juez.

3) *Imparcialidad e independencia.* "Deseo natural de justicia, decía Márquez, es la calidad que más han de menester los jueces."[3]

---

los negocios facilita el entendimiento, y le hace más pronto y hábil para juzgar" (*Arte real,* D. X, p. 81).

1 DOU: *Instituciones de Derecho Público general en España,* t. II, página 26.

2 Ley III, Tít. IV, Part. 3.ª

3 "No hay duda de que el fundamento de la buena administración es

Ese dominio sobre todas las cosas, para someterlas o sacrificarlas en aras de la verdad y de la justicia, es el timbre más hermoso del juez, y no, por menos glorioso, menos necesario; porque se ha de ver en la ocasión de ofrecer y hacer el sacrificio. Los lazos del parentesco, intereses propios y familiares, recomendaciones poderosas, las voces tumultuosas del vulgo (que, a veces, se interesa injustamente y con mucho ardor), todo se conjura para quebrantar la independiente imparcialidad del juez, que, como la verdad misma, ha de permanecer inflexible. Dede ser, pues, el juez probo, amante de la justicia, instruído e imparcial.

Pero ¿y cuál es el procedimiento mejor para reclutar, con la mayor seguridad posible, un Cuerpo judicial que reúna esas condiciones? No basta para ello, aunque es necesario, adoptar un buen sistema de ingreso en el Cuerpo judicial, al que sólo tenga acceso la competencia y la integridad; ha de ponerse además a los jueces en condiciones de ejercer sus funciones conservándose fácilmente en una decorosa independencia. A ello contribuyen la inamovilidad judicial y la decorosa retribución.

3. Sistemas de designación: a) venalidad de los cargos; b) la elección; c) nombramiento por el Ejecutivo. — *a*) LA VENALIDAD[1] y el arrendamiento de los oficios judiciales, y su transmisión por sucesión hereditaria, es corruptela que, en absoluto, debe desterrarse. Porque el sistema no garantiza las buenas condiciones de aptitud profesional, independencia y rectitud; puesto que el mejor postor no lleva vinculadas esas cualidades a su persona. Pero, en cambio, ese sistema lleva ingénita en sí la tendencia a convertir la justicia en un oficio lucrativo, en una especie de fuente de renta, con la que ha de cobrarse el precio de la adquisición y arriendo, y tornar en fuente de nuevos e inexhaustos emolumentos.[2]

---

un corazón aborrecedor de agravios, que, al primer barrunto de la injuria, no se puede contener y querría luego salir a la defensa" (MÁRQUEZ: *El gobernador cristiano*, l. I, c. VI, p. 32).

1 ORBAN: Op. cit., c. II, n. 292.

2 La venalidad de los oficios de juez fué plaga bastante extendida, en siglos anteriores, en todos los países de Europa. Véase sobre este punto TORREÁNAZ: (*Los Consejos del Rey*, párrafo LIII) y recuérdese el "parecer sobre si los señores podían vender o arrendar las escribanías y alguacilazgos" de VITORIA. En él dice el ilustre dominico: "Aparte de que pedir estipendio a los oficiales a cargo de los emolumentos que han de percibir, es defraudarles lo suyo, pues que el cargo lo desempeñan ellos y no el

"Ésta es la razón principal, dice Márquez,[1] en que estribó Santo Tomás para aconsejar a la duquesa de Brabante, que no vendiese los oficios de justicia; porque es grande el peligro de que los magistrados revendan al pueblo por menudo lo que compraron en grueso, y no sólo se restituyan por medio de vejaciones y sobornos en lo que les costó el oficio, pero pretendan excesivas ganancias en él"...

Eliminado definitivamente el procedimiento de la venalidad de los oficios públicos judiciales, quedan en pugna y frente a frente los otros dos: el de la elección y el de nombramiento por el Poder soberano, bien sea libremente, bien entre los que, por oposición, concurso u otro procedimiento, hayan mostrado poseer determinadas condiciones requeridas.

b) SISTEMA DE ELECCIÓN. — Como lo dice la misma palabra, se designa a los jueces por medio de la elección.

Cabe imaginar diversas formas de elección, tanto en cuanto a los que forman el cuerpo electoral, como en cuanto a los elegibles. Pero el sistema clásico democrático de la elección de los jueces, que marca una tendencia política definida, es el que encomienda la elección de los jueces al cuerpo electoral, a los ciudadanos que tienen derecho de sufragio. Fué proclamado por la revolución francesa, está en vigor en gran parte de los Estados particulares de la República norteamericana, para los jueces locales, y en algunos Cantones suizos.[2]

Es común la reprobación de los autores, respecto de este sistema, al que achacan gravísimos inconvenientes.

1) "Es el peor de todos los sistemas, dice Orban,[3] porque la elección no puede ofrecer ninguna garantía respecto de la imparcialidad, ni de la capacidad jurídica y profesional de los Magistrados elegidos". Laméntase a este propósito Bryce hablando de los jueces locales norte-

---

Príncipe ni el Señor. Allégase a esto, que de la tal vendición de oficios se seguirían graves inconvenientes para la policía humana; que los pobres, temerosos de Dios, doctos y hábiles, serían excluídos de ellos, por no tener con qué comprarlos, y quedarían ociosos los talentos que Dios les dió; mientras los inhábiles e insuficientes y menos temerosos de Dios, serían instituídos y preferidos contra lo que exige el bien público. (Véase también JERÓNIMO DE ZEBALLOS: *Arte Real*, Dc. XXXIII.)

1 *El Gobernador cristiano*, l. I, c. XX.

2 SAUSER-HALL: Op. cit., 2.ª Ptie., chap. VI, pár. 51; y BRYCE: Op. cit., t. II, c. XLII; W. B. MUNRO: Op. cit., c. 44.

3 Op. cit., n. 293.

americanos, los cuales en comparación de los jueces federales, están dotados de mediana inteligencia, poseen instrucción insuficiente, inferior, y a veces, muy inferior a la de los abogados que pleitean ante ellos.

2) Es muy díficil que, dependiendo en su elección y en su reelección de sus conciudadanos, tengan respecto de ellos aquella suprema e inflexible independencia que es timbre glorioso e indispensable de todo buen juez.

3) Inocula en los organismos judiciales el virus de las pasiones políticas. "Las elecciones populares dejan la designación en manos de los partidos políticos, es decir, de los agitadores o directores políticos, siempre dispuestos a servirse de todas las funciones para recompensar servicios políticos y entregar a sus agradecidos partidarios puestos que, probablemente, tendrán verdadera importancia política".[1]

Si la elección pasase del cuerpo electoral a las Cámaras legislativas, acentuaríamos, en sumo grado, los inconvenientes señalados en el n. 3.º y no se evitarían los apuntados en los nn. 1.º y 2.º.

c) NOMBRAMIENTO POR EL EJECUTIVO.—Originariamente procede este sistema de la idea exacta de que la justicia es un atributo de la soberanía y que, por lo tanto, al representante titular de la soberanía corresponde administrarla o designar a los que, en su nombre, la administren. "Estas cuatro cosas son naturales al Señorío del Rey que non las debe dar a ningund ome, nin las partir de si, ca pertenescen a él por razón de su Señorío natural: justicia, moneda, fonsedera y los suos yantares." (Fuero Viejo.) Nada más natural, dado el concepto de los atributos y residencia de la soberanía que entonces tenían los sabios y admitían los pueblos.

Pero cabe también aplicar el sistema al régimen y filosofía modernos, en que el Rey o Jefe del Estado es el soberano con atribuciones limitadas en el ejercicio de sus funciones propias. En la función judicial, concretándonos a nuestro caso, retiene en sí el derecho supremo de gracia, y el de designar a los que han de administrar de hecho la justicia; si bien, según el sistema constitucional, los ministros de justicia designados han de formar un organismo distinto de los órganos de los demás po-

---

1 Cítase también el testimonio de uno de los jurisconsultos suizos, Rutiman, que califica este sistema como "un lamentable error del espíritu democrático". V. MUNRO: Op. et loc. cit.

deres e independiente de ellos; han de reunir ciertas condiciones de bien probada capacidad profesional; y gozar de prerrogativas, no dependientes de la voluntad del Príncipe, sino garantizadas por la ley, y que les aseguren el libre, seguro y honroso ejercicio de su cargo.

Sin embargo, para la filosofía política hoy en día más en boga, la designación de los jueces por el Ejecutivo no tiene otro alcance que el de un arbitrio, un método, el más apto para el señalamiento de buenos jueces, método preferible a otros, como el de la elección; jueces que, en nombre de la soberanía nacional inalienable que representan, ejercen sus funciones judiciales.

Son, pues, varias las Constituciones que otorgan al Rey o al Jefe del Estado la facultad de nombrar a los ministros de justicia. Pero, de ordinario, para no decir siempre, esa facultad no es libre ni arbitraria, sino que está muy restringida en diversas formas.

Así la *Constitución norteamericana* establece que el Presidente de la República tiene la facultad de designar a los magistrados del Tribunal supremo federal, pero previo el parecer y el consentimiento del Senado (art. 2.º, sec. 2.ª).

El *Rey de Bélgica* tiene derecho, por el artículo 99 de la Constitución, para nombrar a los consejeros del Tribunal de casación, pero de dos listas que le presentan, la una el Senado, y la otra el mismo Tribunal de casación.

En Holanda (arts. 162 y 163 Const.), los miembros del Tribunal Supremo son nombrados por el Rey conforme a la regla siguiente: al ocurrir una vacante en sus miembros, el mismo Tribunal da conocimiento de ello a la segunda Cámara (la Cámara Baja) de los Estados generales, que para cubrirla presenta al Rey una lista de tres nombres. Además, el Rey nombra al presidente y vicepresidente entre los miembros del Tribunal.

Otras veces, se establecen y determinan diplomas de estudios, concursos, oposiciones..., por medio de los cuales, probada la aptitud técnica para desempeñar los cargos judiciales, van ingresando y ocupando los puestos que en el organismo judicial quedan vacantes; siendo el Jefe del Estado el que concede o extiende el nombramiento *oficial*.

De todas suertes, las Constituciones establecen algunos principios fundamentales, desarrollados después por leyes especiales, dentro de los cuales se mueve la prerrogativa del Jefe del Estado para nombrar los jueces. Esos principios se refieren: 1) a la inamovilidad de los jueces; 2) a la forma de su retribución; 3) a su responsabilidad; 4) a su organización...

4. Inamovilidad judicial. — La inamovilidad judicial es una de las garantías que más contribuyen a mantener el prestigio e independencia de los jueces. Por ella tienen la seguridad de sus cargos, y no pueden ser depuestos, suspendidos, ni trasladados, contra su voluntad, sino por causa plenamente justificada y marcada de antemano en la ley. Y decimos marcada de antemano en la ley, porque la determinación de esas causas no puede dejarse a cada caso particular, en que se declara su existencia y se aprecia su justificación; porque la pasión del momento podría hacer torcer la justicia en uno u otro sentido, pero siempre en daño de la imparcialidad.

Esas causas, aparte las exigencias de la organización misma judicial y del escalafón prudentemente establecido, pueden reducirse o al delito (incluyendo en él la ignorancia indisculpable y el abandono grave y continuado de sus obligaciones) o la imposibilidad física o moral para el ejercicio de su cargo. Esa imposibilidad moral es amplia; como regla general, puede formularse diciendo que existe siempre que concurran, en la persona del juez, circunstancias que hagan difícil o sospechosa la recta administración de la justicia; como por razones de parentesco, por intereses económicos en que su persona o los de su familia se ven envueltos, etc.

Y si la ley constitucional no descendiere a esos pormenores, las leyes orgánicas de los Tribunales de justicia deben concretar lo más exactamente posible esas razones para cerrar la puerta, lo mismo a sospechas más o menos fundadas, como a injustas y vejatorias intromisiones.

La inamovilidad debe ser, y lo es teóricamente, un principio establecido en todas las Constituciones modernas.[1] "Los jueces, tanto los del Tribunal Supremo como los de los Tribunales inferiores, conservarán sus cargos, mientras observen buena conducta" (during good behaviour), dice la Constitución norteamericana, a la que copia el artículo 91 de la Constitución argentina (cap. 1.° sec. III); y sus comentaristas corroboran el precepto diciendo que "nada puede contribuir tanto a darle fuerza (al Poder judicial) como la permanencia en el cargo; esta cualidad puede ser considerada como un elemento indispensable en su constitución, y, en una gran medida, como la ciudadela de la justicia y de la seguridad pública".

1 En Suiza todos los jueces son elegidos para un tiempo determinado, y no son, por lo tanto, inamovibles. Pero pueden ser reeligidos inmediatamente.

5. Retribución de los Jueces. — Respecto de la retribución de los jueces, debe procurarse:

a) Que sea suficientemente decorosa para que puedan vivir y conservarse en la posición social que a su dignísima función corresponde; y para que su integridad no esté expuesta a los peligros a que la codicia y la pobreza dan fácilmente lugar.

b) Que esa retribución esté taxativamente fijada en la ley.

Por eso nuestros antiguos autores apreciaban entre las condiciones que han de tener los buenos jueces el que fuesen poderosos y acaudalados.[1]

"Deseo los poderosos (para jueces) que es la primera cualidad; porque los hombres hacendosos pueden resistir mejor las temeridades de la gente perdida y hacer rostro al caballero bienquisto y al mercader acaudalado, cuando, fiados el uno en la gracia popular y el otro en la demasiada riqueza, quisieran llevar adelante desconciertos y escándalos públicos."

Claro es que dado el espíritu democrático de nuestros días y, además, porque no es justo alejar de los cargos públicos de justicia a quienes no gocen de bienes de fortuna, no puede admitirse que se reserve a los *hacendados* la administración judicial. Pero sí debe conservarse la tendencia de esos principios políticos, que se dirigen a alejar la pobreza y la necesidad, siempre peligrosas, de los que ejercen funciones tan delicadas por la imparcialidad e integridad que exigen.[2]

La tendencia aconseja que los honorarios de los jueces se calculen con amplia generosidad, para que todos los ciudadanos, y en especial los más aptos, aunque carezcan de fortuna, puedan aspirar a esos puestos que les ofrecen desahogo económico suficiente para ocupar rango relevante en la sociedad y alternar en ella decorosamente.

La fijación de los honorarios por la ley tiende al mismo fin. Han de estar persuadidos los ministros de justicia de que no han de sufrir mengua, ni han de experimentar acrecentamiento en sus haberes,

---

1 Véase, por ejemplo, ZEBALLOS: *Arte real*, Doc. X, y MÁRQUEZ: C. XX, y citan el testimonio de Aristóteles (Polit. 9) que alababa a los cartagineses, que escogían como "magistrados a los ciudadanos más acaudalados, persuadidos de que el hombre necesitado con dificultad hará su oficio limpiamente".

2 La necesidad fué siempre gran puerta para el cohecho, y de un juez hambriento es de temer que asuele la provincia o ciudad que le tocare en una hora; como decía un Profeta de los de Jerusalén, que eran lobos de sobre-tarde, que no dejabán qué descarnar para el día siguiente" (MÁRQUEZ: Loc. cit).

cualquiera que haya de ser el sentido de sus fallos, para que, alejado todo propósito o esperanza de lucro, sólo se dejen guiar de los altos principios de la justicia y del deber.

La Constitución belga formula con toda precisión este principio en su art. 102. "Los honorarios de los miembros del Poder judicial los fijará una ley". Y corrobora la misma tendencia el artículo siguiente cuando cierra al Poder ejecutivo un camino por el que, indirectamente, pudiera deshacer la buena obra intentada por el artículo 102. Dice así: "Ningún juez puede aceptar del Gobierno funciones retribuídas, a no ser que las ejerza gratuitamente, salvo los casos de incompatibilidad determinados por la ley".

6. Responsabilidad de los Jueces. — La responsabilidad de los Jueces tiene su fundamento en la misión sagrada de declarar y aplicar las leyes, cuya importancia ha de llevar implícita la necesaria garantía de su recto funcionamiento. Porque, si bien el órgano de la función judicial, en cuanto es soberano, no puede ser legal y prácticamente responsable, sí lo pueden ser los funcionarios judiciales, en general, o ante sus superiores jerárquicos o ante otros Tribunales establecidos constitucionalmente a este fin.

Es, además, esta responsabilidad consecuencia natural de las condiciones y de la situación relevante que, en párrafos anteriores, hemos reclamado para los jueces: de su inamovilidad, de su independencia, de su retribución decorosa. Esta seguridad, amplitud de emolumentos y posición independiente pudieran dar ocasión a la flaqueza humana para que se dejara caer en el descuido y abandono de sus deberes profesionales, y aun se atreviese a infringir, más o menos veladamente, las normas de justicia impuestas por las leyes. De aquí la necesidad inexcusable de responsabilidad en todos los casos de incumplimiento o infracción de leyes, por ignorancia inexcusable, descuido o mala voluntad.

Puede ser esta responsabilidad o *criminal* o *civil* o *meramente disciplinaria;* según proceda de una infracción de la ley voluntaria y, por lo mismo, delictuosa, o de negligencia e ignorancia que ocasionen daños y perjuicios a terceras personas, o de actos que, sin constituir delitos, redunden en desdoro del Cuerpo judicial, relajen su cohesión y turben su armonía.

Los sistemas excogitados para exigir esa responsabilidad pueden reducirse a dos: 1) o son los Tribunales superiores de

la misma jurisdicción; 2) o son otros poderes, en especial el legislativo, como representante de la soberanía.

Tiene *el primer sistema* el inconveniente de que el Tribunal Supremo queda exento de toda responsabilidad (cosa que, en último término, no es posible evitar); y, en cuanto a los Tribunales inferiores, se corre el riesgo de que el interés de Cuerpo se sobreponga a la justicia y ahogue la imparcialidad. Pero es cierto que, a pesar de este inconveniente, los Tribunales judiciales al juzgar a sus miembros no se salen de su misión propia en el Estado: la de juzgar.

El *segundo sistema* es el seguido en Inglaterra y Estados Unidos donde, por otra parte (y es necesario recordar este dato para formar juicio exacto), está muy asegurada la inamovilidad e independencia judicial; sólo pueden ser acusados y juzgados los jueces siguiendo el procedimiento del *impeachment*, empleado contra los Ministros.

Pérez Pujol, inspirándose, con plausible espíritu, en la tradición del país y recordando el juicio de responsabilidad a que estaba sometido el Justicia mayor de Aragón, propone un sistema intermedio, por el que se somete a los magistrados del Supremo a un Tribunal elegido por el Congreso; y a los Tribunales inferiores, a la inspección y juicio de un ministro del Tribunal Supremo.[1]

Pero debemos advertir que, habiendo estado nuestras Asambleas legislativas tan desprestigiadas por su tendencia deplorabilísima a viciar los asuntos en que intervienen, convirtiéndolos en mezquinas contiendas de partidos y de baja política, no es posible mirar, sino con prevención justificadísima, a aquellos diputados y senadores erigidos en jueces de jueces. Porque la conciencia pública los miraba como hombres designados y guiados por la pasión política, en los que no encuentran las garantías suficientes de competencia, alteza de miras e independencia de un Tribunal de esa clase.

7. Garantías de procedimiento. — Todas las legislaciones determinan los procedimientos judiciales, es decir, los trámites que han de seguir las actuaciones judiciales en todos los juicios,

---

1 Véase SANTA MARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho político... Del Poder judicial.*

tanto civiles como criminales. Y la razón es que las condiciones y observancia de esos trámites ha de contribuir, en gran manera, a la recta administración de la justicia. Al Derecho político sólo corresponde establecer los principios fundamentales en la materia, dejando los pormenores de su desarrollo a las leyes particulares de Procedimientos y a la ciencia procesal.

Uno de esos principios es el de la *publicidad de los juicios y de las sentencias*. Esta publicidad se extiende a las sentencias que se pronuncian en pública audiencia y a los llamados debates del juicio oral en los asuntos criminales, en los cuales se relata públicamente el hecho y se aportan, por ambas partes, los argumentos que han de servir para su calificación, que queda en manos del Tribunal. No se extiende esa publicidad a las actuaciones preliminares que se encaminan a la reunión de comprobantes, esclarecimiento de los hechos, a la captura del supuesto reo, etcétera; pues todos estos trámites, por su propia índole, requieren mucha rapidez y gran reserva.

El principio de la publicidad de los juicios tiene, sin embargo, sus excepciones: cuando esa publicidad, por la clase de asuntos que se debaten, pudiera ser perjudicial al orden público, a la moralidad, o al honor de determinadas personas y familias. Estas circunstancias deben ser apreciadas por el Tribunal para decretar la celebración del juicio a *puerta cerrada*. Algunas legislaciones requieren para que puedan celebrarse las sesiones a puerta cerrada, que exista unanimidad en todos los miembros del Tribunal en la apreciación de las circunstancias justificativas de esa medida. Pero otras sólo exigen la mayoría ordinaria (Constitución belga, art. 96) y otras lo dejan al prudente arbitrio del presidente del Tribunal, con consulta de los demás miembros, como la ley española (Enjuiciamiento criminal, artículos 680 y ss.).

La publicidad de los juicios y sentencias favorece también, por otro concepto, la buena administración de la justicia, ofreciendo nuevas garantías a los ciudadanos acusados. Puesto que obliga al fiscal y al acusador privado a aportar a la luz pública las pruebas de su aserción, y obliga también a los jueces a ser cautos y prudentes en apreciar las pruebas, en guardar rigurosamente las formas judiciales, en conformar, en una palabra, los fallos a las leyes vigentes y a la justicia. A ello contribuye también el deber de dar sus fallos *motivados*, señalando los fundamentos doctrinales y legales en que se apoyan. Nada más apto para forzar al juez a que no falle el asunto sin que preceda un estudio serio y reposado del mismo, y sin una precisa y se-

gura expresión de las razones de hecho y de derecho que le inclinan a ello.

Lógica y estrechamente únese el principio anterior, con el derecho que se concede a todo reo: *el derecho de apelación*, o recurso a un Tribunal superior, sin que, por regla general, ninguna sentencia sea firme o irrevocable en una única instancia. El estudio del fallo motivado dará luz al interesado para llegar a comprender si la ignorancia, el descuido o la mala fe han intervenido en la pronunciación de la sentencia, dándole medios y lugar para subsanar el error o remediar la mala fe.

Finalmente, el procedimiento judicial *debe ser invariable* en sus trámites, fijados de antemano por las leyes. No es posible ahora, ni en ningún tiempo es conveniente, dejar los trámites de los juicios a merced de la buena fe personal de los jueces o de las partes interesadas. No quedaría tranquila la conciencia pública, cabría sospechar que se suprimirían algunos trámites, se introducirían otros, se modificarían en parte, según conviniese al interés de cada causa y de los que en ellas interviniesen, con mengua de la verdad y de la justicia.

Nos parece, por lo tanto, peligrosa la facultad que las ordenanzas de 1480 otorgaron al Consejo de Castilla para suprimir todas las garantías del procedimiento. Dicen así: "Porque acaece algunas veces que vienen a nuestro Consejo algunos negocios e causas civiles e criminales, que brevemente y a menos costa de las partes e bien de los fechos se podrían expedir e despachar en el dicho nuestro Consejo, sin facer de ellas comisión, es nuestra merced e ordenamos e mandamos que los del nuestro Consejo tengan poder e jurisdicción cada que entendieren que cumple a nuestro servicio, e al bien de las partes, para conoscer de los tales negocios e los ver e librar a determinar simplemente o de plano e sin figura de juicio, solamente sabida la verdad".[1]

8. El Jurado: noción y origen histórico. La Revolución francesa. — El Tribunal del Jurado, tal como actualmente está constituído, es un Tribunal formado "por jueces no profesionales, encargados, en los juicios criminales, de apreciar el hecho, determinar sus autores y la participación que éstos han tenido en él".

Ordinariamente suele decirse que el Jurado es de origen in-

---

1 Cortes, T. IV: las de Toledo en 1480, XXVI, p. 118. Citado por TORREÁNAZ en *Los Consejos del Rey*, t. I, p. 245.

glés. Pero otros defienden[1] que es de origen feudal franco; que se desarrolló principalmente en Normandía, de donde, con la conquista normanda, pasó a Inglaterra.

Debió su aparición, principalmente, al descrédito en que cayeron y a la poca confianza que inspiraban las antiguas pruebas judiciales, como el duelo judicial, las ordalías, etc. El nuevo procedimiento empleado se fundaba en el principio de que un hecho, afirmado bajo juramento por un cierto número de ciudadanos honrados, era probablemente verdadero. Y consistía en una especie de interrogatorio a que el juez sometía a determinadas personas, las cuales respondían, bajo juramento, sobre hechos referentes al proceso. Los llamados, en número variable, que solían ser vecinos y gentes reconocidas por su honradez, acudían al Tribunal, aisladamente o en grupo, y, tras una deliberación, contestaban a las preguntas que se les hacía.

Como se ve, a los principios, los llamados jurados tenían el carácter de meros testigos que declaraban según sus conocimientos personales. Más tarde, como hoy en día, decidían sobre los hechos objeto de litigio, conforme a las declaraciones de los testigos y a lo que resultare de los medios de prueba expuestos en su presencia. La transformación se hizo lentamente. De todas maneras, no eran designados por la suerte, ni tenían derecho a ser elegidos jurados los ciudadanos todos; sino que eran designados "los vecinos honrados", "los más respetables de la región", "los principales habitantes". El Juez, además, al recibir el informe del Jurado, quedaba libre para pronunciar su fallo en conformidad con el veredicto o separándose de él. En los días de su aparición y más tarde, el Jurado significó un gran progreso en los procedimientos usados para la administración de la justicia.

En consecuencia, y siguiendo su línea tradicional, en la Inglaterra actual, el Jurado no tiene el carácter *político* que ostenta en los demás países del Continente, desde la Revolución francesa; ni, por consiguiente, el miembro del Jurado es cualquier ciudadano señalado por la suerte.

Para la *Jurisdicción criminal*, hay un *Jurado mayor* (compuesto de 23 ciudadanos) escogidos entre los mayores propietarios, que estu-

---

1 NAGELS Y MEYERS: *Les lois du Jury*. Bruselas, 1901. Larcier, Editeur; ORBAN: Op. cit., vol. 2.°, nn. 301 y ss.; P. GÜENECHEA: *Principia juris politici*, vol. II, c. XXV, n. 376; BARTHELEMY-DUEZ: Op. cit., p. 855; ESMEIN-NEZARD: Op. cit., Pte. 1.ª, tít. 2.°, c. III; GIL Y ROBLES: *Tratado de derecho político*, vol. II, l. IV, c. XIII.

diando el caso, declaran si existe o no fundamento suficiente para incoar un juicio. Si juzga que existe fundamento suficiente, pasa el asunto al *Jurado pequeño* (12 ciudadanos) escogidos entre los que tienen alguna propiedad y que falla sobre la culpabilidad del acusado. Su veredicto ha de ser unánime.

En la *jurisdicción civil,* cualquiera de las partes contendientes puede reclamar la intervención del Jurado. Y hay un *Jurado ordinario,* similar al que actúa en las causas criminales; y otros *Jurados especiales,* para ciertos problemas civiles cuya comprensión y juicio requieren conocimientos técnicos de comercio, propiedad, empresa, etcétera. Los *Jurados especiales* se escogen entre ciudadanos de mejor posición económica y categoría social.[1]

LA REVOLUCIÓN FRANCESA. — Al entrar en Francia, en la época de su gran Revolución,[2] se modificó la institución del Jurado, adquiriendo los caracteres fundamentales que actualmente le distinguen.

La Asamblea constituyente de 1891, que juzgó al Jurado en materia civil incompatible con las costumbres francesas, adoptó, sin embargo, el Jurado en materia criminal, no por las excelencias que presentara la institución en sí para la recta administración de la justicia, sino por su carácter político.[3]

Por de pronto, los revolucionarios franceses, al adoptar el Jurado, no van a buscar la capacidad, el índice mayor de respetabilidad, prestigio y honradez para sanear la administración de la justicia; tratan sencillamente de que sea el pueblo el que juzgue en virtud de su soberanía. Por eso, la lista de los jurados ha de ser paralela a la lista de los electores políticos; los requisitos para inscribirse en ambas son casi idénticos. Se separa el hecho, cuyo conocimiento y juicio corres-

---

1 Un breve resumen del complicado sistema judicial inglés, puede verse en *The Government of England* por DAVID DUNCAN WALLACE, parte tercera, *The Judiciary,* cc. XVI y XVII (G. P. Putman's Sons. New York an London, 1925).

2 ORBAN: *Le Droit constitutionnel de la Belgique,* tomo II, n. 308.

3 "Hay un grave error en atribuir sólo a la influencia de la Constitución cuanto bueno existe en Inglaterra. Existe allí una ley que vale más que la Constitución misma. Me refiero al juicio por Jurados, la verdadera garantía de la libertad individual en todos los países donde se aspira a ser libre. Esta forma de administrar justicia es la única que pone al abrigo de los abusos del Poder judicial, tan frecuentes y tan temibles en todas partes, donde no se juzga por los iguales. Una vez establecido el Jurado, ya no resta más para ser libre que tomar precauciones contra las órdenes ilegales que podrán emanar del Poder ministerial" (SIEYES, citado por ESMEIN: Op. cit., parte 1.ª, t. II, cc. III-IV).

ponde a los jurados, del derecho cuya aplicación toca a los jueces; pero de forma que el veredicto del Jurado ha de servir de base ineludible para la calificación del delito y aplicación de la pena que han de hacer los jueces. Este es el Jurado, engendro legítimo de la Revolución francesa, que se extendió luego a todos los países de Europa; pues, como dicen Nagels y Meyers, sólo se han librado del contagio Holanda, Gran Ducado de Luxemburgo, Montenegro y Turquía. Lo describe exactamente Azcárate (D. Gumersindo, Profesor de la Universidad Central y conspicuo diputado republicano) cuando dice: "Pues bien; el Jurado no tiene otro fundamento que este mismo, es decir, el principio de la soberanía o self-government. Puesto que la sociadad tiene derecho a intervenir directa e inmediatamente en las decisiones del Poder legislativo y en los actos del ejecutivo, igual facultad tiene respecto del judicial, y de ella hace uso, de un lado, sometiendo los acuerdos y sentencias de éste al juicio público, y, de otro, tomando parte en la administración de la justicia mediante la constitución del Jurado. Sólo de este modo la sociedad, participando directa e inmediatamente en el ejercicio de todos los poderes y de todas las funciones del Estado, es verdaderamente libre y dueña de sus destinos".

9. Caracteres del Jurado moderno y fundamentos. — El Jurado moderno, prescindiendo de diferencias accidentales de organización, ostenta ciertos caracteres fundamentales.

1) La competencia del Tribunal del Jurado queda limitada, en la mayor parte de los países, al conocimiento de las causas criminales, de todas ellas, o sólo de algunas, que la ley determinare. Aunque, ilógicamente, quedan fuera de su competencia las causas civiles.

2) En las causas criminales, los jurados sólo juzgan de los hechos; es decir, de su existencia, de la participación que en ellos hubieran tenido los presuntos reos y de la culpabilidad que les alcanza. El veredicto que contiene esas apreciaciones, ha de ser la base ineludible a que han de atenerse los jueces para la absolución o para la aplicación de la pena. Queda, con ello, reducida la misión de éstos, a una tarea meramente mecánica, y la eficacia de las leyes y la verdadera misión judicial pasan, virtualmente, a manos de los jurados.

3) Los jurados son irresponsables de sus fallos.

4) Para determinar quién puede ser jurado, la ley se guía por el principio de la soberanía popular, según el cual, *todos los ciudadanos* deben concurrir directamente al ejercicio de la fun-

ción judicial. Por lo tanto, como en el electorado político, la capacidad para ser jurado debe ampliarse lo más posible.

La base principal del Jurado es su fundamento político; si bien suelen, además, ponderarse las ventajas que, al recto ejercicio de la administración de la justicia, aporta la intervención de jurados y las adecuadas condiciones de capacidad que éstos reúnen para el cumplimiento de su misión.

1) Sólo por el Jurado, como decía Azcárate, la sociedad es verdaderamente libre y dueña de sus destinos en la esfera del Derecho.

2) El reconocimiento y apreciación de los hechos no requiere ninguna preparación científica, ni dotes especiales de entendimiento; todo ello está al alcance de las inteligencias comunes, con el desarrollo que normalmente adquieren en la vida humana.

3) Son también los jurados los jueces más independientes. Jueces de un día o de una hora, que cumplen una misión sin ambicionar un honor, no tienen nada que temer ni que esperar, ni del Poder ejecutivo ni del pueblo.[1]

4) Además, los jurados están libres de las preocupaciones, de las desconfianzas injustificadas, de la insensabilidad, de ciertas suspicacias policíacas que el oficio de juez engendra en el ánimo de los profesionales. Azcárate parecía estar convencido de que "los jurados están exentos de aquella dureza que los jueces de profesión adquieren en el ejercicio de sus cargos".[2]

5) Los jurados tienen más sentido de la realidad, porque están más en contacto con la conciencia popular y comprenden mejor la situación pasional del reo, por lo que saben medir mejor, en cada caso, la culpabilidad verdadera y acomodar a ella las rigideces, a veces demasiado inflexibles, de la ley.

6) Y, finalmente, dice Azcárate: "Encontramos en el Jurado las siguientes ventajas: primera, que contribuye a crear caracteres enérgicos, despertando el sentimiento de responsabilidad en los ciudadanos; segunda, que al asociar a éstos a la obra de la justicia, facilita su elevación moral e intelectual; tercera, que por el mismo motivo se populariza el Derecho, en cuya suerte se interesan todos los miembros de la sociedad; cuarta, que además de ser para todos una escuela donde se adquiere la experiencia de estos asuntos, reviste a cada ciudadano de una especie de magistratura, como dice Tocqueville, haciendo reconocer a todos que tienen deberes que cumplir con la sociedad y que entran a formar parte de su gobierno".[3]

---

1 ESMEIN-NEZARD: Op. cit., parte 1.ª, t. II, cc. II-IV.
2 El *self-government* y la *Monarquía doctrinaria*, cc. VI y VII.
3 Loc. cit.

10. Juicio crítico. — Juzgamos que el Jurado es una institución defectuosísima e inadecuada para el fin a que se le destina: administrar justicia con rectitud, imparcialidad y competencia.

1) La base política es totalmente falsa. Se confunde en ella la soberanía nacional con el mero querer o la mera intervención directa de la sociedad. Y es que la soberanía no significa simplemente querer o intervenir directamente la nación, de suerte que, donde y cuando la sociedad intervenga en cualquier forma, se diga o pueda decirse que ejerce la soberanía. Porque la soberanía es la facultad de dirigir la sociedad y los miembros de que se compone a su bienestar y prosperidad; en nuestro caso concreto (puesto que uno de los pilares de esa prosperidad es la justicia), la facultad y el derecho de administrar justicia con rectitud, imparcialidad y competencia. Por consiguiente, la soberanía nacional, en su derecho innato de administrar la justicia, lleva implícito el deber de administrarla con órganos apropiados, con órganos que ofrezcan garantías de una administración recta, imparcial y competente. Y si la soberanía nacional se desentendiese de esa capacidad de los órganos judiciales, se apartaría de su fin, saldría de sus atribuciones y dejaría de ser soberanía legítima para tornarse en tiranía.

Se oculta, por lo tanto, un sofisma en las palabras de Azcárate cuando dice que la sociedad, sólo cuando directa e inmediatamente participa en el ejercicio de los poderes, es verdaderamente libre y dueña de sus destinos en la esfera del derecho. No basta eso; es menester que el ejercicio de la función sea un ejercicio adecuado y capaz y que se mueva dentro de sus atribuciones y de su misión. También el padre de familia ejerce una función directa sobre su hijo al darle maestros corruptores o abandonados o inhábiles; pero cuando obra así, no ejerce su patria potestad, sino ejerce una tiranía y comete un crimen. La cuestión, por lo tanto, se reduce a si el Jurado, tal como actualmente está organizado, ofrece las suficientes garantías para ser un órgano de justicia recto, imparcial y competente. Si ofreciera esas garantías, la soberanía nacional ejercería un derecho legítimo al establecer esos Tribunales; pero si no ofreciera esas garantías, la legítima soberanía nacional, la que obrase dentro de sus facultades, exigiría la abolición o total reforma del Tribunal del Jurado. Ahora bien, el Tribunal del Jurado no ofrece esas garantías.

2) El Jurado, por la forma en que se reclutan sus miembros (por suerte entre los ciudadanos, en general), ha de carecer

necesariamente de competencia profesional, aquélla que se adquiere en los estudios y en la práctica de juzgar. Pero, además, carece también de la otra competencia para apreciar los hechos que, según se dice, no requiere preparación científica ni dotes especiales de entendimiento. Y la razón es que al Jurado no se le pide la simple apreciación del hecho, sino también de la participación que en él tuvieron los presuntos reos y su culpabilidad.

Al Jurado, rara vez se le presenta el hecho criminal diáfano y claro, sino tergiversado por las variadas y contradictorias afirmaciones de los testigos y oscurecido por los alegatos, tendenciosos y muy hábiles, de defensores y fiscales; y, finalmente, en el ánimo del Jurado ha de obrar, perturbándole, la perspectiva de la pena que se ha de seguir al aprecio que él ha de hacer del hecho. Es inútil oponer que desconoce esa pena, porque, seguramente, se la harán conocer, muy a tiempo, quienes en ello están muy interesados.

3) El contacto con la realidad en que vive el Jurado y que, a decir de sus partidarios, tanto le favorece y capacita por las relaciones de conocimiento personal y de coterritorialidad que le unen con el reo; ese contacto y esas relaciones son un gravísimo inconveniente que pondrá en peligro, muchas veces, su rectitud e imparcialidad. Porque, precisamente, esas relaciones que unen al reo y a los jurados despertarán en sus ánimos todas las pasiones perturbadoras de la justicia, como la amistad, el temor a represalias, deseo de no acarrearse responsabilidades, esperanza de compensaciones, etc. Así lo confirman también las legislaciones, en general, cuando, para poner a los jueces profesionales en las mejores condiciones de independencia en el desempeño de su misión, los alejan de todas esas circunstancias y ataduras locales, como cuando el artículo 117 de nuestra Ley orgánica prescribe que "nadie podrá ser juez de instrucción, ni de Tribunal de partido, ni magistrado de Audiencia, a cuya jurisdicción pertenezca: 1) el pueblo de su naturaleza; 2) el pueblo en que él y su mujer hubiesen residido de continuo en los cinco años anteriores a su nombramiento, etc."

Con la agravante de que el jurado, elegido al azar entre los ciudadanos que saben leer y escribir, no ha de estar suficientemente preparado para combatir y dominar el maléfico influjo de esas pasiones, perturbadoras; porque no está educado, como lo ha de estar el juez profesional, en las grandes ideas y virtudes propias de su cargo; la

santidad y necesidad de la justicia, la sagrada inviolabilidad de la ley, la dignidad del decoro profesional.[1]

4) Son absolutamente gratuitos los defectos que se suponen congénitos a la carrera profesional, suponiendo que la práctica hace a los jueces incuriosos, insensibles, de juicio estrecho, desconfiados e inclinados a ver criminales en todas partes. Todo lo contrario. El estudio y la práctica constante de una profesión, de por sí, afina y perfecciona las cualidades para mejor ejercerla; en nuestro caso, habilita, cada vez más, al magistrado para el cumplimiento de su sagrada misión; le hace más cauto, más hábil, prudente y aun bondadoso.

5) Son también utópicas e ilusorias cuantas ventajas suponía Azcárate han de seguirse a la administración de la justicia por jurados. Completamente utópico e ilusorio pensar que dicha institución contribuye a crear caracteres enérgicos, a la elevación moral e intelectual del pueblo; que el Jurado es una escuela abierta donde se populariza el Derecho y se adquiere la experiencia en estos asuntos. Porque la creación de caracteres y la formación intelectual no han sido, ni pueden ser nunca, fruto de actos aislados y de enseñanzas pasajeras y de momento; implican una labor continuada, perseverante y reflexiva.

---

1 No a otra causa obedecen las graves perturbaciones que en la administración de la justicia por jurados se manifestaban en España con ocasión de los crímenes llamados sociales. El Jurado, precisamente por ese sentido de la realidad, por el contacto con la conciencia popular, ha visto y ha sentido en el reo al amigo, al correligionario, al obsesionado con sus mismos odios y sus mismas simpatías, y dejándose arrastrar por esas pasiones ha tratado, no de administrar justicia, sino de salvar al amigo a todo trance. Lo que no han conseguido esas pasiones, lo han logrado las amenazas, el temor, etc.

CAPÍTULO TERCERO

La función judicial en España

SUMARIO: 1. Principios generales. — 2. Unidad de jurisdicción. Jurisdicciones especiales: *a*) Jurisdicción militar; *b*) Jurisdicción eclesiástica; *c*) Magistratura del Trabajo; *d*) Jurisdicción contencioso-administrativa; *e*) Tribunales tutelares de Menores. — 3. La misión de la función jurisdiccional. — 4. Organización de los Tribunales. — 5. Tribunales arbitrales. — 6. Ministerio Fiscal. Abogados y Procuradores. — 7. Los miembros del Cuerpo judicial. Ingreso en el Cuerpo y garantías. — 8. Responsabilidad de los Jueces.

1. Principios generales. — Fuera de la repudiada Constitución republicana de 1931, según la cual la justicia se administra en nombre del Estado (art. 92), todas las demás Constituciones españolas, desde la de Cádiz (art. 257) asientan el principio de que "la justicia se administra en nombre del Rey".[1]

Frase consagrada que hay que tomarla en su sentido obvio. Porque no es esa frase un nuevo resabio formulario del régimen antiguo; ni significa tan sólo la abolición de las justicias particulares, feudales o señoriales; ni un externo homenaje a la Majestad real, representante visible de la unidad de soberanía.

Significa, sencillamente, lo que dicen las mismas palabras: que en el Rey reside la soberanía judicial, si bien se ha de someter a lo que ordenan la Constitución y las leyes, respecto de los instrumentos de que se ha de valer para la administración de la justicia y de las condiciones y garantías de que han de estar aquéllas revestidas.

Lo mismo podemos decir también del Estado Nuevo: la justicia se administra en nombre del Rey, puesto que "España, como unidad política, es un Estado... que, de acuerdo con su tradición, se constituye en Reino"; aunque, de momento, haya que

---

1 C. de 1837, art. 68; C. de 1845, art. 71; C. de 1856, art. 72; C. de 1869, art. 91; C. de 1876, art. 74.

decirse: "en nombre del Jefe del Estado" mientras el General Franco dure en la Jefatura del Estado.

Y ello porque, deshauciada, en su espíritu y en su letra, la Constitución de 1931, permanecen vigentes las disposiciones anteriores relativas a la función jurisdiccional. Porque, como indica atinadamente *Lojendio,* Prof. de Derecho Político en la Universidad de Sevilla, "en lo que afecta al equivocadamente llamado poder judicial, las disposiciones del Nuevo Estado a él concernientes no han tenido necesidad de quebrantar substancialmente el principio tradicional de su independencia, cosa nada extraña, pues de naturaleza le viene el quedar al margen del uso estrictamente político del poder.

"La legislación de Nuevo Estado, finalmente, no ha tenido precisión de proclamar otras prerrogativas especiales que, por tradición unánime e inveterada, se reconocen en casi todos los países al Jefe del Estado, y a las que ya antes hicimos referencia. Por tratarse de un caso concreto y que ha tenido expresa sanción positiva, consignaremos, a manera de ejemplo, el derecho de "gracia". Lo regula el Decreto de 22 de abril de 1938 — que declara, con ciertas salvedades, la vigencia de la Ley de 18 de junio de 1870 — estableciendo, como principio general, en su art. 1.º, que "la concesión de toda clase de indultos compete exclusivamente al Jefe del Estado español". Es interesante la parte expositiva de dicho Decreto, por el empeño con que justifica el rescate de la "potestad de clemencia" como atributo "inherente a la soberanía", prerrogativa ésta de vieja tradición española que fué quebrantada por el art. 102 de la Constitución republicana de 1931".[1]

Al lado y a tono con el precepto de que la justicia se administra en nombre del Rey, se encuentra el otro, también tradicional en nuestra vida constitucional, que encomienda también al Rey "*el cuidado de que, en todo el Reino, se administre pronta y cumplidamente la justicia y de indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes*".[2]

Precepto un tanto vago e impreciso éste por el que se encomienda al Rey el cuidado de que, en todo el Reino, se administre pronta y cumplidamente la justicia. El título XVIII de la Ley

1 IGNACIO M.ª DE LOJENDIO: *Régimen político del Estado español*, página 134. Bosch. Barcelona.

2 Constitución de 1876, art. 54, 2.º y 3.º

orgánica de 1870 fijaba la forma de ejercer esa inspección y vigilancia, por los Tribunales y las Salas de Gobierno y de Justicia. Actualmente es la Ley del 17 de julio de 1945 la que determina los órganos que, en nombre del Jefe del Estado, han de ejercer esa inspección y los trámites a los que se han de someter.

"La inspección y vigilancia sobre la administración de justicia, en todos los Tribunales de la nación, de la jusrisdicción ordinaria, compete al Presidente del Tribunal Supremo y, bajo la superior autoridad del mismo, a los Presidentes de las Audiencias Territoriales, que tendrán la calidad de Inspectores regionales en el ámbito de sus respectivos territorios" (art. 11).

La misma Ley, en su art. 12, crea una *Inspección Central* que funciona a las inmediatas órdenes del Presidente del Tribunal Supremo, desempeñada por dos Magistrados de categoría de término, consagrados exclusivamente a ese cometido, con el nombre de Inspectores-Delegados, y designados por el Ministro de Justicia, previo informe y propuesta del Presidente del Tribunal Supremo.

Dependiente directamente de la Inspección Central, funciona una Secretaría general, desempeñada por un Magistrado de categoría de ascenso, con el personal auxiliar necesario para el cumplimiento de su misión (art. 13).

Y todo lo referente al funcionamiento, competencia y ejercicio de la Inspección se regirá por los preceptos de la Ley orgánica de 1870, en concordancia con las demás disposiciones vigentes en la materia, que no resulten expresamente modificadas por esta Ley (art. 15).

2. Unidad de jurisdicción. Jurisdicciones especiales. — Como queda indicado en líneas anteriores, la función judicial es una de las manifestaciones de la soberanía que, además de dictar reglas de convivencia social para regular las relaciones entre los ciudadanos, para mantener la paz y fomentar el progreso social, ha de declarar y hacer valer y restaurar los derechos de todos los asociados, cuando son violados, cuando son discutidos, cuando necesitan de una declaración auténtica y soberana.

En este sentido, la *jurisdicción* es única, como la misma soberanía, y corresponde al Estado. Y al mantenimiento de esa unidad, quebrantada a veces, tienden los preceptos de nuestras Constituciones cuando, como la de 1876, en su art. 75, manda

que "no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles, en los juicios comunes, civiles y criminales..."

Se dirige ese precepto a suprimir las llamadas *jurisdicciones especiales*, y a desterrar el privilegio de personas y clases de ser juzgadas por Jueces propios y por leyes distintas de las comunes. Pero la misma redacción del artículo, hablando de la unidad del fuero en los *juicios comunes*, indica claramente que la legislación española admite también jurisdicciones especiales y juicios no comunes; es decir, una jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales.

Ya en el Cap. I de esta Sección indicamos la existencia y variedad de estas jurisdicciones y las razones en que se fundan.

En España se publicó en Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, sobre la unificación de los fueros especiales en el ordinario. Por él se suprimieron las jurisdicciones de hacienda y comercio; pero se reconocieron la eclesiástica y la militar, reducidas a muy estrechos límites. Pero, además de estas jurisdicciones especiales, las leyes españolas reconocen otras varias, como las del Senado (ahora de las Cortes), la contencioso-administrativa, la Magistratura del Trabajo, la de los Tribunales Tutelares de menores, etc.

En resumen, existe en España una jurisdicción común que se ejerce, en general, sobre todos los ciudadanos y en toda clase de asuntos civiles y criminales, jurisdicción de la que sólo están exentas aquellas personas y en aquellos asuntos expresamente atribuídos por la Ley a otras jurisdicciones. Se ejerce por el Tribunal Supremo, Audiencias Territoriales, Audiencias Provinciales, Juzgados de Primera Instancia y Jueces Municipales, Comarcales y de Paz.

Sirven de base para el ejercicio de esta jurisdicción común los Códigos y Leyes Civiles, Mercantiles, el Código Penal común, las Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal, etc.

Distinguen algunos, en la jurisdicción común, la *ordinaria* y la *extraordinaria*. Corresponde a esta última aquella jurisdicción que, sin dejar de ser ordinaria o común, sin embargo, por las circunstancias o lugares en que se ejerce, requiere organización, normas y atribuciones que no se ajustan enteramente a las normas ordinarias. Tal la ejercida en los Juzgados de Fernando Poo, en las plazas de nuestro Protectorado de África, como Tetuán, Larache, Melilla; la ejercida por los Cónsules españoles en el extranjero.

JURISDICCIÓN MILITAR. — Rige esta materia el Código de Justicia Militar promulgado por Ley de 17 de julio de 1945 y común a las jurisdicciones de tierra, mar y aire, y modificado

en bastantes de sus artículos por la Ley de 21 de abril de 1949.

Deroga, por lo tanto, los Cuerpos legales que, con anterioridad, regulaban por separado las diversas jurisdicciones militares; como el Código de Justicia Militar de 1890, el Código penal de la Marina de Guerra de 1888, etc. Es, en resumen, una refundición del Código Militar de 1890, aplicable a la jurisdicción aérea por la Ley de 1 de septiembre de 1939.

La competencia de la jurisdicción militar se determina en materia criminal por razón del delito, por el lugar en que se comete y por la persona responsable (art. 5.º).

Por *razón del delito*, cualquiera que sea la persona que los cometa. El Código señala, en los arts. 6 y 7, los delitos y faltas que, bajo este concepto, caen bajo la jurisdicción militar, como incendios, daños, robos en efectos pertenecientes a la Hacienda Militar; desacatos, injuria, insultos a Corporaciones militares, a la nación, a su bandera, etc.

Por *razón del lugar*, es competente la jurisdicción militar contra cualquiera persona por delitos o faltas que se cometan en cuarteles, campamentos, buques españoles de guerra, aeródromos, almacenes militares, etc. (art. 9).

Por *razón de la persona*, conoce la jurisdicción de guerra en las causas que se instruyan, por toda clase de delitos, contra los militares en servicio activo o en reserva, contra individuos que extingan condena en establecimientos dependientes de cualquiera de los Ministerios del Ejército, Marina o Aire, los prisioneros de guerra, rehenes, etc.

Extiende también la jurisdicción militar, en algunos casos, en *materia civil* (art. 38), como de la prevención de los juicios *ab intestato* de los militares de todas clases; de los testamentos especiales otorgados con arreglo a los arts. 716 a 731 del Código civil, etc.

Los órganos de la jurisdicción militar son: 1) el Consejo Superior de justicia militar; 2) las Autoridades judiciales; 3) los Consejos de Guerra.

JURISDICCIÓN ECLESIÁSTICA.[1] — Según el canon 1553 del Código Canónico, compete a la Iglesia conocer por derecho propio y exclusivo:

---

1 Dr. LAUREANO PÉREZ MIER: *Iglesia y Estado Nuevo.* Ediciones Fax, Madrid, 1940. Parte segunda, pp. 62 y ss.; JUAN SOTO DE GANGOITI: *Relaciones de la Iglesia Católica y el Estado Español,* I y IV y Apéndice. Editorial Reus, Madrid, 1940; LUIS IZAGA: *La Iglesia y el Estado.* Editorial Razón y Fe, Madrid, 1933.

1) De las causas referentes a cosas espirituales;

2) De la violación de las leyes eclesiásticas y de lo demás en que haya razón de pecado en lo que respecta a la definición de culpa y a la imposición de la pena eclesiástica;

3) De todas las causas, tanto contenciosas como criminales, referentes a las personas que gozan del privilegio del fuero, según los cánones 120, 613 y 680 (es decir, los clérigos, los religiosos, aunque sean legos o novicios, y los que sin votos religiosos, viven en Comunidades con dispensa religiosa).

Las causas *mixtas* en las que ambas potestades son competentes, *est locus praeventioni.*

El Estado español ha ligado sus relaciones con la Santa Sede, en los últimos siglos, por medio de Concordatos y Convenios. Los principales son el Concordato de 1753[1] entre Benedicto XIV y Fernando VI, y el de 1851 entre la Santa Sede e Isabel II.

Sobre la vigencia de este último Concordato, después de la irrupción de la fracción republicano-socialista en el Gobierno de España (abril de 1931), se suscitó una discusión pública entre el Arcediano de Sigüenza, Dr. Yaven, y el Profesor de la Central, Yanguas Messía. Defendía éste la vigencia del Concordato contra el Sr. Yaven que lo suponía caducado.[2]

Posteriormente, los hechos son los siguientes:

No hay ninguna declaración *expresa,* de ninguna de las partes contratantes, sobre la vigencia o caducidad del Concordato de 1851. Si bien parece deducirse claramente su caducidad de los nn. 9) y 10) del Convenio de 7 de junio de 1941, concertado entre la Santa Sede y el Gobierno español.

La segunda República española, desde que se instaló en el

---

1 V. LAMADRID: *El Concordato de 1753.*

2 V. PÉREZ MIER: Op. cit., pp. 105 y ss., donde trae un resumen de la polémica. Después de la firma del convenio entre la Santa Sede y el Gobierno español, de 7 de junio de 1941, no parece que quepa duda sobre la no vigencia del Concordato de 1851. Así parece deducirse de los puntos 9 y 10 de dicho Convenio, en los que se establece que, *entretanto se llega a la conclusión de un nuevo Concordato,* el Gobierno español se compromete: *a*) a observar las disposiciones contenidas en los cuatro primeros artículos del Concordato de 1851, y *b*) a no legislar sobre materias mixtas o sobre aquellas que pueden interesar de algún modo a la Iglesia, sin previo acuerdo con la Santa Sede. El ilustre canonista P. Regatillo que durante la polémica entre Yaven y Yanguas Messia se puso al lado del Profesor de la Central, escribe en sus "Institutiones juris Canonici" (I, n. 40): "*Concordatum hispanum* (a. 1851) *nunc censetur non vigere.*"

poder, desconoció el Concordato, y actuó como si no existiera, violándolo descaradamente. En la obra citada de *Soto de Gangoiti* puede verse en II: *Estado no confesional,* una ordenada relación de esas violaciones.

El Nuevo Estado que sustituyó al republicano-socialista ha mantenido, desde el principio, relaciones de amistad y plena armonía con la Iglesia. Armonía que se manifiesta bajo dos aspectos.

1) En la destrucción de toda la obra antirreligiosa de la República, v. gr.: restauración del presupuesto de Culto y Clero, derogación de las leyes contra las Órdenes Religiosas y devolución de sus bienes; de la ley del divorcio, reparación de templos, etcétera.

2) En el ajuste de mutuos Convenios y tratados amistosos entre ambas potestades. No se ha concertado ningún nuevo Concordato; pero, *implícitamente,* se supone en los nuevos Convenios parciales la no vigencia de 1851.

En estos Convenios y tratados y en toda la legislación civil, resalta la íntima compenetración de ambas Potestades en los asuntos comunes y mixtos.

Entre éstos podemos citar:

Convenio entre la Santa Sede y el Gobierno español acerca del modo del ejercicio del privilegio de presentación (7 de junio de 1941), de los Beneficios llamados consistoriales.

Convenio de la Santa Sede y el Gobierno español sobre la provisión de Beneficios no consistoriales (16 de julio de 1946) y aclaraciones sobre el mismo (1 abril de 1947).

Restauración de la situación jurídica anterior de las Órdenes Religiosas.

Cantidades presupuestadas en favor de templos y seminarios.

Infinidad de OO. y disposiciones sobre la enseñanza religiosa en los Centros de Enseñanza. Decreto-Ley de 1 de mayo de 1947, que reconoce la jurisdicción del Tribunal de la S. Rota de la Nunciatura Apostólica en España, instaurada por el *Motu proprio* de su Santidad Pío XII "Apostolico Hispaniarum Nuntio" de fecha de abril del mismo año.

Y, finalmente, el Convenio entre la Santa Sede y el Estado español sobre la jurisdicción Castrense y asistencia religiosa de las fuerzas armadas (5 de agosto de 1950).

Por lo demás la competencia de la jurisdicción eclesiástica abarca las causas sacramentales, beneficiales y los delitos eclesiásticos. En

materia matrimonial, son competencia de la jurisdicción eclesiástica las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios contraídos por los católicos (art. 80 Cód. civ.) Dada la sentencia, los efectos civiles que de ella se derivan, se declaran y realizan por la jurisdicción ordinaria civil.

MAGISTRATURA DEL TRABAJO. — A ejemplo de otras naciones (y en algunos casos precediéndolas) se ha creado en España la Magistratura del Trabajo, cuya misión principal es la de conocer y resolver las cuestiones de trabajo.

Como precedentes españoles pueden citarse los *Tribunales industriales* (Ley de 10 de mayo de 1908), y los *Jurados mixtos* (Ley de 27 de noviembre de 1931).

Actualmente, y en conformidad a lo proclamado en el Fuero del Trabajo (VII) : "se creará una nueva Magistratura del Trabajo, con sujeción al principio de que esta función de justicia corresponde al Estado", se han establecido las Magistraturas del Trabajo cuyos órganos de jurisdicción son:

a) Las Magistraturas del Trabajo.
b) El Tribunal Central del Trabajo.
c) La Sala V del Tribunal Supremo (de lo social).

Las *Magistraturas del Trabajo,* vinculadas al Ministerio de Trabajo, fueron creadas por Decreto de 13 de mayo de 1938 y actúan unipersonalmente. Los así llamados *Magistrados del Trabajo,* se nombran por concurso entre miembros de la carrera judicial y fiscal, o ingresan por oposición entre Doctores o Licenciados en Derecho, mayores de veintitrés años.

En cada Provincia hay al menos un Magistrado del Trabajo.

En cuanto a sus atribuciones jurisdiccionales, las señala el art. 1.° de su Ley orgánica: "es la única institucional contenciosa en la rama social del Derecho; sus titulares intervendrán en cuantos conflictos individuales se originen entre los diversos elementos de la producción, no sólo en las reclamaciones de índole civil, sino juzgando y sancionando los actos de aquellos que, en el campo del trabajo, perturben el orden económico establecido, o, simplemente, observaren conducta incompatible con el honor profesional."

El *Tribunal Central del Trabajo* (Ley orgánica de la M. de T. 17 de octubre de 1940), con jurisdicción en todo el territorio nacional, se compone de un Presidente, un Vicepresidente y cuatro Magistrados.

Le compete, el conocimiento de los recursos llamados de suplicación y de queja por la no admisión de ésta.

La Sala V del Tribunal Supremo (de lo social) consta de un Presidente y de siete Magistrados (salvo en los casos en que la ley exija mayor número) y, administrativamente, forma una unidad con las demás Salas del Supremo. Con jurisdicción en todo el territorio nacional, conoce de los recursos de casación contra las resoluciones de los Magistrados de Trabajo, los interpuestos por denegación de la queja y por inadmisión de los de casación (Ley de 17 de julio de 1945 y 18 de abril de 1944).

Finalmente, los *Juzgados municipales* de localidades donde no haya Magistratura, pueden actuar por delegación (en funciones instructoras) en negocios de valor inferior a 250 ptas., cuando el Magistrado, por circunstancias razonables, la juzgue conveniente.[1]

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. — Existe en España regida por la ley de 22 de junio de 1894, 5 de abril de 1904 y 18 de marzo de 1944, últimamente[2] 23 de diciembre de 1948. Entiende la jurisdicción Contencioso-Administrativa en las contiendas entre el Estado y los particulares, cuando la lesión reclamada es de derechos administrativos que la Administración debe respetar en virtud de sus poderes reglados, y cuando se trate de un derecho preestablecido a favor del reclamante por alguna disposición administrativa.

La jurisdicción se ejerce por las Salas 3.ª y 4.ª del Tribunal Supremo, por la Sala de Revisión y por los Tribunales provinciales.

Cada una de las Salas de lo contencioso-administrativo está formada por un Presidente y siete Magistrados, cuatro de la carrera judicial y tres de procedencia administrativa, nombrados por Decreto entre funcionarios de alta categoría.

Las Salas 3.ª y 4.ª conocen en única instancia de las demandas que se deduzcan contra resoluciones de la Administración Central y de los recursos contra las decisiones de los Tribunales provinciales. Corresponden a la Sala 3.ª los recursos de *revisión* que se interpongan contra las sentencias firmes de los Tribunales provinciales.

---

1 V. L. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, t. II, l. IV, capítulo VII, pp. 138 y ss. Zaragoza, 1946.

2 Más bien, esta última ley se refiere al ordenamiento de las plantillas.

La *Sala de Revisión* está compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de las dos Salas de lo contencioso-administrativo y el Magistrado más antiguo de las dos Salas. Entiende en los recursos de revisión que se interpongan contra sentencias firmes de cualquiera de las dos Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Los *Tribunales provinciales* se constituyen por el Presidente de la Audiencia (territorial o provincial), dos Magistrados de la Audiencia de lo criminal, y dos vocales designados por el Presidente de la Audiencia entre categorías que señala la Ley.

Los *Tribunales provinciales* conocen en 1.ª instancia de las demandas contra las autoridades provinciales y municipales.

TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES. — Tienen estos Tribunales, de reciente creación, ilustre abolengo en nuestra patria, como la institución del "Padre de los huérfanos" en Valencia, del siglo XIV; la de los "Toribios", de Sevilla, de carácter maternal, y dirigidos a la reforma de las costumbres depravadas de los niños delincuentes, usando procedimientos tutelares y educativos distintos de los empleados para los criminales mayores de edad.

Seguía también la misma tendencia la Real Cédula de 12 de julio de 1781, de Carlos III, quien fundó el *Fondo Pío Nacional* para el sostenimiento de Instituciones protectoras de la infancia abandonada.

Pero ha sido en este siglo XX cuando, en España, estas Instituciones tutelares de menores han recibido un impulso decisivo y protección oficial.

La implantación del primer *Tribunal para niños* se debe a la iniciativa del hombre público D. Avelino Montero Ríos y Villegas y a la abnegada y generosa tenacidad del caballero vizcaíno, D. Gabriel M.ª de Ybarra y de la Revilla. El primero es el autor de la primera Ley de Tribunales para niños, de 25 de noviembre de 1918, y el segundo de la primera Institución privada de esta clase: "*Casa reformatorio de Amurrio*", que ha servido de modelo para tantas otras, que han ido levantándose en otras localidades españolas.[1]

---

1 Quien quiera conocer los primeros pasos de estos Tribunales para niños — más tarde Tribunales tutelares de menores — y de las Instituciones protectoras que les sirven de necesario complemento, regidas por los métodos modernos más adelantados e informadas de profundo espíritu

Después de varias reformas, las disposiciones vigentes en esta materia son el "Texto refundido de la legislación sobre protección de Menores" (Decreto de 2 de julio de 1948) y la "Ley de Tribunales Tutelares de Menores", de 11 de julio de 1948 (B. O. de 19 de julio).

Al frente de la organización de la "Obra de protección de menores" hay un "Consejo Superior de Protección de Menores", cuyo Presidente nato es el Ministro de Justicia, y efectivo un Magistrado designado por Decreto. Está compuesto de vocales natos, representativos y de nombramiento ministerial.

El Consejo está dividido en cinco Secciones, de las cuales la cuarta se refiere a Tribunales Tutelares de Menores.

"La ley de Tribunales Tutelares de Menores" establece un Tribunal de Menores en las capitales de las provincias que cuenten con establecimientos especiales consagrados a la corrección y protección de la infancia y de la adolescencia.

El Tribunal Tutelar se compone de "un Presidente y un Vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes (no retribuídos), mayores de 25 años, de moralidad y vida familiar intachable, elegidos todos entre aquellas personas que residan en el territorio en que han de ejercer su jurisdicción, y que, por sus conocimientos técnicos, se hallen más indicados para el desempeño de la función tuitiva que se les encomienda" (art. 1.°).

Sin embargo, contra la regla general anterior, establece la ley que el Tribunal Tutelar de Madrid se compondrá de dos Jueces unipersonales y retribuídos; y que se autoriza al Ministro de Justicia para extender esta forma de Tribunales Tutelares de Madrid, a las capitales de provincia de mayor importancia por el volumen y trascendencia de su actuación.

Los Presidentes, Vicepresidentes y los Jueces unipersonales serán nombrados por el Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo Superior de protección de menores, entre Licenciados en Derecho que reúnan las condiciones del art. 1.° y no ejerzan otra jurisdicción judicial. Salvo los actualmente nombrados que podrán desempeñar sus cargos, por excepción, con la autorización del Consejo Superior.

Los vocales propietarios y suplentes los designa el Consejo Superior (art. 3.°).

Como Tribunal de Apelación actúa una Comisión del Consejo Su-

---

cristiano, hojee las obras del mismo Sr. YBARRA: *El primer Tribunal de Menores en España* (Talleres Voluntad. Serrano, 48. Madrid, 1925) y *Temas del Centro de Estudios del Reformatorio de Amurrio* (Bilbao, 1945).

perior de Protección de Menores, constituída por un Presidente, Vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes, letrados y con las condiciones exigidas por el art. 1.°

La jurisdicción de estos Tribunales se extiende a toda la provincia conociendo de las acciones u omisiones atribuídas a los Menores realizadas antes de cumplir los dieciséis años.

La Ley se extiende luego sobre la competencia y carácter de estos Tribunales, normas de procedimiento, etc. Sólo nos toca a nosotros aquí insinuar que, en su carácter y procedimientos, se acomodan a las reglas que indicamos ya al tratar de los Tribunales de niños en el Cap. I de esta Sección 4.ª

3. La misión de la función jurisdiccional. — Nada se ha modificado en este punto con la nueva situación política creada después del Alzamiento Nacional. Siguen, por lo tanto, vigentes las anteriores normas constitucionales y legislativas.

"A los Tribunales y Juzgados, decía el art. 76 de la Constitución de 1876, pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado."

Así quedaba confirmado el art. 2.° de la Ley orgánica del Poder judicial (15 de septiembre de 1870), según el cual "la potestad de aplicar las leyes, en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales".

Sin embargo, ensanchando el estrecho marco atribuído al Poder judicial, el art. 3.° de la misma ley añadía que los Jueces y Tribunales no ejercerán otras funciones que las expresadas en el artículo anterior *y las que esta ley u otras les señala expresamente.* Por consiguiente, la función judicial abarca en España:

1) *La facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles;* es decir, siempre que se suscite contienda sobre la existencia, alcance, o atribución de un derecho. Lo cual se obtiene con los tres actos que integran esa función: conocimiento de los hechos, sus pruebas y elementos que los constituyen; la declaración del derecho o el juicio y decisión; y la ejecución.

2) *La facultad de aplicar la ley en los juicios criminales;* es decir, siempre que haya violación abierta de la ley penal. Interviene el Poder judicial para conocer y apreciar el hecho de la violación, restablecer el derecho violado (en cuanto sea posible),

e imponer la pena correspondiente al perturbador del derecho, sujetándose a las normas proclamadas en el Fuero de los Españoles (art. 19): "Nadie podrá ser condenado, sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado".

3) *Las funciones que esta ley u otras les señalan.* En efecto: además de las funciones anteriores que se comprenden bajo la denominación de *jurisdicción contenciosa,* existe la denominada *voluntaria;* aquella en la que interviene el Poder judicial, no para dirimir una contienda o restablecer el derecho perturbado, sino para realizar una misión tutelar, para dar solemnidad y garantía a ciertos actos jurídicos y prevenir, de esta manera, el desconocimiento o perturbación de un derecho.

A esa jurisdicción está dedicado el Libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil antes citada. "Se consideran actos de jurisdicción voluntaria, dice (art. 1811), todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas." Regula ese Libro la intervención de la autoridad judicial en todos esos asuntos que las leyes le señalan, como en la adopción, nombramiento de tutores, depósito de personas, suplemento del consentimiento de los padres y abuelos para contraer matrimonio, apertura de testamentos cerrados, protocolización de las memorias testamentarias, administración de bienes del ausente y otros asuntos civiles y negocios de comercio, etc.

Queda expresamente fuera de la órbita de la misión del Poder judicial en España la constitucionalidad de las leyes. La partícula *exclusivamente* que usa la Constitución para concretar la misión única de aplicar las leyes, quita toda duda que pudiera caber sobre esta materia.

4. Organización de los Tribunales. — La anterior organización de los Tribunales y Juzgados españoles: Juzgados Municipales, Juzgados de 1.ª Instancia, Audiencias provinciales, Audiencias territoriales y Tribunal Supremo, ha sido modificada por la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 y otros varios Decretos y Órdenes que para su desarrollo se han publicado, y cuya enumeración detallada no es de nuestra competencia.

Por otra parte, la Ley del *Jurado* de 20 de abril de 1888, fué derogada o suspendida por Decreto de 8 de septiembre de 1936.

La Ley de Bases de 19 de julio de 1944 ha reformado prin-

cipalmente la *Justicia Municipal* que se ejerce actualmente por tres órganos judiciales diferentes: Juzgados Municipales, Juzgados Comarcales y Juzgados de Paz.

Los *Juzgados Municipales* radican en las capitales de provincias y poblaciones de más de 20.000 almas.

Los Juzgados Comarcales se erigen en los Municipios que sean centros o capitales de comarca.

Y los *Juzgados de Paz* en los Municipios en donde no haya Juzgados Municipales, ni Comarcales.

En el *orden gubernativo,* llevan y cuidan los Juzgados Municipales, Comarcales y de Paz los Registros civiles correspondientes al término Municipal de su jurisdicción.

La Ley detalla las atribuciones que competen a cada uno de estos órganos, tanto en materia civil, como en la criminal.

Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción radican en las Cabezas de partido, son unipersonales, intervienen en asuntos civiles y criminales y ejercen, a la vez, funciones de Juez de instrucción. Así en materia civil, conocen, en primera instancia, de los asuntos de cualquiera índole que no estén adjudicados a los Juzgados inferiores o reservados a los superiores; ejercen la jurisdicción voluntaria; son Tribunal de apelación de los Juzgados municipales, comarcales y de paz de su Partido judicial, etc. En materia criminal, instruyen sumarios por delitos cometidos en su demarcación; actúan como Tribunal de apelación en los juicios de faltas; deciden las competencias entre los Jueces inferiores de su partido, etc.

Las *Audiencias provinciales* son Tribunales colegiados, establecidos en todas las capitales de Provincia, y compuestos de Presidente, Magistrados en número variable, según el de Secciones, vocales del Tribunal contencioso-administrativo, Secretarios y Vicepresidentes, si existe más de una Sección.

Cada Sección se compone de un Presidente y dos Magistrados. El Ministerio público está representado por el Fiscal y uno o más auxiliares.

Se constituyen en *Junta de Gobierno y Salas de Justicia.*

Componen la *Junta de Gobierno* el Presidente, Fiscal y Presidentes de las Secciones asistidos por el Secretario. Tiene por misión, en general, velar por la recta administración de justicia, en la esfera de su jurisdicción.

Las *Salas de Justicia* de las Audiencias provinciales se componen del Presidente y Magistrados, divididos en dos o más Secciones.

Su primordial atribución, aparte de otras que les atribuyen las leyes, consiste en conocer, en única instancia y en juicio oral y pú-

blico, de las causas por delitos cometidos en la provincia respectiva.

Las *Audiencias territoriales* son Tribunales colegiados que radican en las cabezas de las siguientes regiones españolas: Albacete, Barcelona, Burgos, Cáceres, La Coruña, Granada, Las Palmas, Madrid, Oviedo, Palma, Pamplona, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza.

Se constituyen en *Tribunal pleno* en *Sala de Gobierno* y en *Salas de Justicia.*

Las Salas de Justicia son de tres clases: *Sala de lo civil* con un Presidente de Sala y varios Magistrados (en Madrid hay tres Salas de lo civil y en Barcelona dos); *Sala de lo criminal* con un Presidente y varios Magistrados, y tantas Secciones como sean precisas; y *Tribunal Provincial Contencioso-Administrativo* formado por el Presidente y dos vocales designados por el Presidente de la Audiencia entre personas que reúnan ciertas condiciones.

El *Tribunal Supremo de Justicia* radica en Madrid y consta de cinco Salas:

1.º) De lo *civil* (un Presidente y once Magistrados).

2.º) De lo *criminal* (un Presidente y siete Magistrados).

3.º) De lo *contencioso-administrativo* (un Presidente y siete Magistrados).

4.º) De lo *contencioso-administrativo* (un Presidente y siete Magistrados).

5.º) De lo *social* (un Presidente y siete Magistrados).

Adscritos al *Tribunal Supremo* actúan un Fiscal, Teniente Fiscal, varios Abogados Fiscales y varios Secretarios.

Actúa también en pleno, como Sala de Gobierno y Salas de Justicia.

5. Tribunales arbitrales. — La ley de Enjuiciamiento civil vigente establece y regula (tít. V, l. II) los juicios por árbitros y amigables componedores.

Según la ley, toda contestación entre partes, antes o después de deducida en juicio, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer ese compromiso; exceptuándose algunos casos que marca la ley (Enjuiciamiento civil, artículo 487).

En el juicio arbitral, la designación por los interesados de las personas árbitros ha de recaer, precisamente, sobre letrados mayores de 25 años, en pleno goce de los derechos civiles, en número impar (1, 3, 5). El compromiso debe formalizarse en escritura pública, y la sentencia arbitral debe ser conforme a De-

recho y a lo alegado y probado; y se dictará en la forma y con las solemnidades prevenidas para los juicios ordinarios.

El nombramiento de amigables componedores ha de recaer precisamente en varones mayores de edad, que se hallen en pleno goce de los derechos civiles y sepan leer y escribir. Los amigables componedores deciden las cuestiones sometidas a su fallo, sin sujeción a formas legales y según su leal saber y entender. Se limitarán a recibir los documentos que los interesados les presenten, a oírlos y a dictar sentencia.

6. Ministerio Fiscal. Abogados y Procuradores. — Anejo a los Tribunales de Justicia existe el Ministerio Fiscal, que, según la Ley Orgánica en su art. 763, "velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el poder público".

Hoy en día, por el *Estatuto del Ministerio Fiscal* (21 de junio de 1926) y su reglamento (27 de febrero de 1927), forma este Ministerio un Cuerpo independiente — *la carrera fiscal* — y se hace el ingreso en él por oposición directa. Por lo demás, en cuanto a ingreso, categorías, ascensos y sueldos están los Fiscales equiparados a los de la carrera *judicial.*

Los Abogados son legalmente como directores técnicos de los asuntos judiciales ante los Jueces; y son las personas que, con título profesional y demás condiciones que señala la ley, se dedican a defender en juicio intereses propios o ajenos, dictaminan particularmente sobre las cuestiones legales que se les consultan y pueden resolver, como Jueces, en asuntos para los que los nombra el arbitrio de las partes.

La profesión de la abogacía está regulada por el "Estatuto general de la Abogacía" (Decreto, 28 junio de 1946) y el Estatuto general de sus Colegios (3 de febrero de 1947).

Procurador, en la esfera judicial, es la persona que, teniendo las condiciones que señala la Ley, representa en juicio, por medio de poder bastante, los derechos de otro. La profesión está actualmente regulada por el Estatuto General de 19 de diciembre de 1947.

7. Los Miembros del Poder Judicial. Ingreso en el Cuerpo y garantías. — La ley orgánica exige para ser nombrado Juez o Magistrado:

1) ser español, de estado seglar; 2) haber cumplido 21 años; 3) no haber incurrido en ninguno de los casos de incapacidad o incompatibilidad que establecen las leyes; 4) y estar dentro de las condiciones que, para cada clase de cargos, se hallan establecidas en la misma; 5) ser varón.

Para el ingreso en el Cuerpo de aspirantes a la Judicatura se sigue el sistema de *oposición* a la que podrán presentarse los españoles de 21 años cumplidos, que fuesen Licenciados en Derecho civil, por Universidad costeada por el Estado. Los reglamentos señalaban los ejercicios teóricos y prácticos que habían de sufrir los examinandos y el tiempo de su duración.

En la actualidad, este procedimiento está modificado por la Ley de 26 de mayo de 1944 que ha fundado la "*Escuela Judicial*" dependiente del Ministerio de Justicia e incorporada a la Universidad española. (Reglamento de 2 de noviembre de 1945.)

Los aspirantes a la carrera Judicial y Fiscal han de pasar antes por la Escuela Judicial a la que se ingresa por oposición.

Los estudios en la Escuela se desenvuelven en tres cursos semestrales consecutivos, y se realizan además, durante un período mínimo de un año, *prácticas efectivas*, adscritos los aspirantes a los Juzgados de Instrucción y Tribunales Colegiados. Terminadas las prácticas, el Juez titular o el Presidente del Tribunal calificará, bajo su responsabilidad, el resultado.

Para el ingreso en la carrera fiscal será forzoso llevar cinco años de servicios efectivos al frente de un Juzgado y demostrar, mediante oposición o concurso, las condiciones de aptitud necesarias para desempeñar cargos fiscales.

Aprobados cursos y prácticas, se otorga a los aspirantes que lo merezcan, título de aptitud expedido por el Ministerio de Justicia y cuya posesión será indispensable para cualquier nombramiento en las Carreras Judicial y Fiscal.

Las leyes reservan al Gobierno la libre elección para determinados cargos y puestos, con tal que recaiga la elección sobre personas que reúnan determinadas condiciones.

El *Presidente del Tribunal Supremo* se nombra por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia, entre los Juristas que hayan sobresalido en el ejercicio de la Magistratura, del Ministerio Fiscal, en la Abogacía o en la Cátedra. (Ley de 17 de julio de 1945, art. 6.°)

El *Fiscal del Supremo* es el letrado de libre elección del Gobierno (Ley de 17 de julio de 1946, 7.°).

Son también de nombramiento del Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, y entre los miembros del Tribunal, las *Presidencias de Sala* del Supremo.

Y entre los Magistrados del Supremo, son de nombramiento del Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, siete vacantes: seis entre Magistrados de cierta categoría y la séptima entre Fiscales, Catedráticos de Derecho, Abogados que reúnan ciertas condiciones.

Los ascensos en la carrera, por orden riguroso de antigüedad y de servicios, las reglas fijas establecidas para los casos de destitución y jubilación y de suspensión de sus funciones tienden a dar a los cargos judiciales aquella inamovilidad y seguridad, base indispensable de su independencia, de su prestigio y dignidad en el ejercicio de sus funciones, y vienen a dar eficacia práctica al precepto constitucional contenido en el art. 80: "Los magistrados y jueces son inamovibles y no podrán ser depuestos, suspendidos ni trasladados, sino en los casos y en la forma que prescribe la ley orgánica de Tribunales."

Dígase lo mismo de la traslación de un punto a otro de los Magistrados y Jueces. Sin embargo, la ley orgánica, al señalar las causas justas que pueden dar lugar a que un Juez sea trasladado de un sitio a otro, prescribe, en el número 3.° del artículo 235, que puede ser trasladado un Juez "cuando circunstancias de otra clase o consideraciones de orden público muy calificadas, exigieren la trasladación". ¿Cuáles son esas *circunstancias de otra clase*, esas *consideraciones muy calificadas de orden público?* He aquí un instrumento, una facultad puesta en manos del Ministro de Justicia que puede desvirtuar, inutilizar, toda la organización de las garantías establecidas en favor de la inamovilidad judicial. No hay juez que pueda resistir a las consecuencias que ese poder exorbitante del Ministro puede acarrear sobre él y sobre su familia.

8. Responsabilidad de los Jueces. — "Los Jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan" (art. 81, C. de 1876).

Desarrollando la ley orgánica este precepto fundamental, señala los casos y forma en que Jueces y Magistrados pueden incurrir en responsabilidad disciplinaria, civil y criminal.

Están sujetos a *responsabilidad disciplinaria*, es decir, la impuesta por vía de corrección, por su respectivo superior jerárquico, los Jueces y Magistrados, sus auxiliares y subalternos, los letrados y abogados, los aspirantes a la Judicatura y aun los testigos, peritos, etc., que intervengan en los actos judiciales.

Ejercen la jurisdicción disciplinaria los Jueces de primera instancia respecto de los Municipales, las Salas de Gobierno de las Audiencias territoriales respecto de Jueces de primera instancia y la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo respecto de los Magistrados de las Audiencias de cualquier clase.

El procedimiento para la aplicación de la responsabilidad disciplinaria es gubernativo y en forma meramente instructiva (Ley orgánica, artículos 731 y siguiente con sus modificaciones posteriores).

La *responsabilidad civil* (art. 260 y sig. ley orgánica; artículos 903 y ss. Enjuic. civil) de los Jueces y Magistrados está limitada al resarcimiento de daños y perjuicios estimables que causen a los particulares, corporaciones o al Estado, cuando en el desempeño de su cargo infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables.

Se entienden perjuicios estimables, los que pueden ser apreciados en metálico al prudente arbitrio de los Tribunales. Será *inexcusable* la ignorancia o negligencia cuando se hubiese dictado providencia manifiestamente contraria a la ley o se hubiere faltado a un trámite mandado observar bajo pena de nulidad.

La demanda de responsabilidad civil sólo puede interponerse siendo ya firme la sentencia que origine el perjuicio, a instancia de parte perjudicada y de sus causa-habientes, en juicio ordinario y ante el Tribunal inmediatamente superior al que hubiere incurrido en ella. Tratándose de Magistrados del Tribunal Supremo, ante los demás que compongan el Tribunal, presididos por el presidente del alto Cuerpo.

Incurren los Jueces y Magistrados en *responsabilidad criminal* (arts. 245 y sig. Ley orgánica) cuando infringen las leyes relativas al ejercicio de sus funciones en los casos expresamente previstos en el Código penal o en otras leyes especiales.

Sólo puede incoarse el juicio de responsabilidad criminal contra Jueces y Magistrados: 1) en virtud de providencia del Tribunal competente; 2) a instancia del Ministerio fiscal; 3) a instancia de persona hábil para comparecer en juicio. Pero en este último caso, debe preceder un antejuicio, con arreglo a los trámites de la ley de Enjuiciamiento criminal y la declaración de haber lugar a proceder contra ellos; esta declaración no prejuzgará la criminalidad.

Este antejuicio presenta el carácter de una autorización previa para procesar, y tiende a librar a los magistrados de injustificados ataques y reclamaciones de parte de las personas molestadas o perjudicadas por fallos judiciales. Es verdad que existe ese peligro; pero el remedio empleado para conjurarlo pone el antejuicio y la declaración correspondiente y previa, en manos de individuos del mismo Cuerpo que el acusado, a los que pudiera tacharse, por lo mismo, de interesados, de antemano, a su favor. Si, en algún caso, tal sospecha fuera fundada, pudiera ocurrir que este trámite previo se convirtiera en una especie de impunidad judicial que, como la parlamentaria, perjudicara grandemente al interés público y a la recta administración de la justicia.